المغني

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي
المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق

فضيلة الأستاذ الشيخ

محمود عبد الوهاب فايد

الجزء العاشر

الناشر

مكتبة القاهرة

لصاحبها علي يوسف سليمان

شارع الصنادقية - بميدان الأزهر بمصر

صندوق البريد ٩١٦ بمصر

تنبيهـــات

(١) اشترك الأستاذ محمود عبد الوهاب فايد فى تحقيق الجزء السادس، وقد فاتنا أن ننبه لذلك أو نرمز إليه، كما فاتنا أن نرمز أحياناً إلى تحقيقاته بحرف (ف) فى الجزء السابع والثامن والتاسع .

(٢) فى الجزء السابع والثامن والتاسع قام الأستاذ محمود فايد بترقيم الآيات وتخريج الأحاديث، والتعليق، ومراجعة المغنى على الشرح الكبير ، وقام الأستاذ عبد القادر عطا بتحقيق النص على المخطوطات ومراجعة تجارب الطبع وبعض التعليقات .

(٣) الجزء العاشر قام بتحقيقه وترقيم آياته وتخريج أحاديثه والتعليق عليه الأستاذ محمود فايد ، وقام بتصحيحه الأستاذ محمود غانم غيث .

مطابع سجل العرب

كتاب النـــذور

الأصل فى النذر الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى : (يُوفُونَ بِالنَّذْرِ[١]) وقال (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ[٢]) .

وأما السنة: فروت عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

وعن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « خيركم قرنى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يجىء قوم ينـذرون ولا يفون ، ويخونون ولا يؤتمنون ، ويشهدون ولا يُستشهدون ، ويظهر فيه السِّمن » رواهما البخارى .

وأجمع المسلمون على صحة النذر فى الجملة ، ولزوم الوفاء به .

٨١٨١ (فصـــــل)

ولا يستحب . لأن ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النذر وأنه قال : « لا يأتى بخير ، وإنما يُستخرج به من البخيل » متفق عليه ، وهذا نهى كراهة لا نهى تحريم ، لأنه لو كان حراماً لما مدح الموفين به ، لأن ذنبهم فى ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم فى وفائه ، ولأن النذر لو كان مستحباً لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وأفاضل أصحابه .

٨١٨٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن نذر أن يطيع الله عز وجل ، لزمه الوفاء به ، ومن نذر أن يعصيه لم يعصه ، وكفّر كفارة يمين ﴾ .

ونذر الطاعة: الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد وما فى هذه المعانى ، سواء نذره مطلقاً بأن يقول : لله علىّ أن أفعل كذا وكذا ، أو علّقه بصفة مثل قـوله : إن شفانى الله من علتى ، أو شفى فلاناً ، أو سلم مالى الغائب ، أو ما كان فى هذا المعنى ، فأدرك ما أمل بلوغه من ذلك ، فعليه الوفاء به .

---

(١) سورة الإنسان آية ٧ . (٢) سورة الحج آية ٢٩ .

ونذر المعصية أن يقول: لله علىّ أن أشرب الخمر ، أو أقتل النفس المحرمة، وما أشبهه ، فلا يفعل ذلك ، ويكفِّر كفارة يمين .

وإذا قال : لله علىّ أن أركب دابتى ، أو أسكن دارى، أو ألبس أحسن ثيابى،وما أشبهه،لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية ، فإن لم يفعله كفَّر كفارة يمين ، لأن النذر كاليمين .

وإذا نذر أن يطلق زوجته ، استحب له أن لا يطلقها، ويكفِّر كفارة يمين .

وجملته : أن النذر سبعة أقسام :

أحدها : نذر اللجاج والغضب ، وهو الذى يخرجه مخرج اليمين ، للحث على فعل شىء أو المنع منه ، غير قاصد به للنذر ولا القربة ، فهذا حكمه حكم اليمين ، وقد ذكرناه فى باب الأيمان .

القسم الثانى : نذر طاعة وتبرر ، مثل الذى ذكر الخرقى ، فهـــذا يلزم الوفاء به للآيتين والخبرين، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : التزام طاعة فى مقابلة نعمة استجلبها ، أو نقمة استدفعها ، كقوله : إن شفانى الله فلله علىّ صوم شهر ، فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل فى الوجوب بالشرع ، كالصوم والصلاة والصدقة والحج ، فهذا يلزم الوفاء به بإجماع أهل العلم .

النوع الثانى : التزام طاعة من غير شرط ، كقوله ابتداء : لله علىّ صوم شهر ، فيلزمه الوفاء به فى قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أهل العراق ، وظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعض أصحابه:لا يلزم الوفاء به ، لأن أبا عمر غلام ثعلب قال : النذر عند العرب وعد بشرط ، ولأن ما التزمه الآدمى بعوض يلزمه بالعقد كالمبيع والمستأجر ، وما التزمه بغير عوض لا يلزمه بمجرد العقد كالهبة .

النوع الثالث : نذر طاعة لا أصل لها فى الوجوب ، كالاعتكاف وعيادة المريض فيلزم الوفاء به[1] لأن النذر فرع على المشروع ، فلا يجب به ما لا يجب له نظير بأصل الشرع .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه »[2] وذمه الذين ينـــذرون

(١) هنا سقط فى نسخ المغنى المطبوعة وتكملته فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٤٣ والأصل هكذا (فيلزم الوفاء به عند عامة أهل العلم.وحكى عن أبى حنيفة أنه لا يلزمه الوفاء به لأن النذر فرع على المشروع الخ) فقوله : (لأن النذر فرع على المشروع) تعليل لقول أبى حنيفة أنه لا يلزمه الوفاء به [وهو الذى سقط] وليس تعليلا للقول بلزومه ، وبذكر قول أبى حنيفة يستقيم المعنى (ف) .

(٢) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن عائشة بلفظ « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه» (ف).

ولا يوفون، وقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ * فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ * فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴾[1].

وقد صح أن عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم: إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «أوف بنذرك»[2]، ولأنه ألزم نفسه قربة على وجه التبرر، فتلزمه كموضع الإجماع، وكما لو ألزم نفسه أضحية أو أوجب هدياً، وكالاعتكاف وكالعمرة فإنهم قد سلموها وليست واجبة عندهم، وما ذكروه يبطل بهذين الأصلين.

وما حكوه عن أبي عمر لا يصح، فإن العرب تسمي الملتزَم نذراً وإن لم يكن بشرط. قال جميل:

فليت رجالاً فيك قد نذروا دمي وهموا بقتلي يابثين لقوني[3]

والجعالة وعد بشرط وليست بنذر.

القسم الثالث: النذر المبهم، وهو أن يقول لله عليّ نذر، فهذا تجب به الكفارة في قول أكثر أهل العلم، وروي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس والقاسم وسالم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن، ولا أعلم فيه مخالفاً إلا الشافعي قال: لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه، لأن من النذر مالا كفارة فيه.

ولنا ما روى عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «كفارة النذر إذا لم يسمّه كفارة اليمين» رواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب، ولأنه نص، وهذا قول من سمينا من الصحابة والتابعين، ولا نعرف لهم في عصرهم مخالفاً، فيكون إجماعاً.

القسم الرابع: نذر المعصية، فلا يحل الوفاء به إجماعاً، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من نذر أن يعصي الله فلا يعصه» ولأن معصية الله لا تحل في حال، ويجب على الناذر كفارة يمين. روي نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعمران بن حصين وسمرة بن جندب، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه. وروي عن أحمد ما يدل على أنه لا كفارة عليه، فإنه قال فيمن نذر ليهدمنّ دار غيره لبنة لبنة، لا كفارة عليه، وهذا في معناه. وروي هذا عن مسروق والشعبي، وهو مذهب مالك والشافعي، لقول

---

(١) سورة التوبة: ٧٥ — ٧٧.

(٢) حديث عمر أنه قال: يارسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال: أوف بنذرك — أخرجه الشيخان عن ابن عمر (ف).

(٣) البيت في الأغاني ج ٨ ص ٩٩ «وبثين مرخم بثينة وكان جميل يهواها هوى عذرياً» (ف).

رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر فى معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد» رواه مسلم ، وقال « ليس على الرجل نذر فيما لا يمـلك » متفق عليه ، وقال « لا نذر إلا ما ابتغى به وجه الله » رواه أبو داود ، وقال « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولم يأمر بـكفارة .

ولما نذرت المرأة التى كانت مع الـكفار فنجت على ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنحرها قالت يارسول الله إنى نذرت إن أنجانى الله عليها أن أنحرها ؟ قال « بئس ماجزيتها ، لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك العبد» رواه مسلم ، ولم يأمرها بـكفارة. وقال لأبى إسرائيل حين نذر أن يقوم فى الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتـكلم « مُروه فليتـكلم وليجلس وليستظل وليتم صومه» رواه البخارى[1] ولم يأمره بـكفارة ، لأن النذر التزام الطاعة وهذا التزام معصية ، ولأنه نذر غير منعقد فلم يوجب شيئاً كاليمين غير المنعقدة . ووجه الأول : ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر فى معصية، وكفارته كفارة يمين » رواه الإمام أحمـــد فى مسنده وأبو داود فى سننه ، وقال الترمذى : هو حديث غريب .

وعن أبى هريرة وعمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله . روى الجوزجانى بإسناده عن عمران بن حصين قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : النذر نذران : فمـا كان من نذر فى طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء ، وما كان من نذر فى معصية الله فـلا وفاء فيه ويكفّره ما يكفّر اليمين » وهذا نص ، ولأن النذر يمين بدليل ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « النذر حلفة »[2] وقال النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لمـا نذرت المشى إلى بيت الله الحرام فلم تطقه « تـكفّر يمينها » صحيح أخرجه أبو داود ، وفى رواية «ولتصم ثلاثة أيام »[3] قال أحمد : إليه اذهب .

وقال ابن عباس فى التى نذرت ذبح ابنها : كفّرى يمينك . ولوحلف على فعل معصية لزمته الـكفارة ، فـكذلك إذا نذرها .

(١) لفظ البخارى ج ٨ ص ١٧٨ عن ابن عباس قال : بينما النبى صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتـكلم ويصوم ،فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « مره فليتـكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه » ومنه يتبين سقوط كلمة (ويصوم) من (المغنى) (ف) .

(٢) روى الطبرانى عن عقبة بن عامر « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » (ف) .

(٣) روايات أبى داود فى الجزء الثانى ص ٢٠٩ ، ٢١٠ وملخصها أن أخت عقبـة بن عامر نذرت أن تحج ماشية غير مختمرة فسأل أخوها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره أنها لا تطيق ذلك فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بأن تختمر وتركب وقال : (ولتـكفر عن يمينها) وفى رواية (ولتصم ثلاثة أيام) وفى رواية (وتهدى هدياً) وفى رواية (ولتهد بدنة) (ف) .

فأما أحاديثهم فمعناها لا وفاء بالنذر فى معصية الله ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد جاء مصرحاً به هكذا فى رواية مسلم . ويدل على هذا أيضاً أن فى سياق الحديث « ولا يمين فى قطيعة رحم »[1] يعنى لا يبرّ فيها . ولو لم يبين الكفارة فى أحاديثهم فقد بينها فى أحاديثنا ، فإن فعل ما نذره من المعصية فلا كفارة عليه ، كما لو حلف ليفعلنّ معصية ففعلها ، ويحتمل أن تلزمه الكفارة حتماً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عيّن فيه الكفارة ، ونهى عن فعل المعصية .

القسم الخامس : المباح كلبس الثوب ، وركوب الدابة ، وطلاق المرأة على وجه مباح ، فهذا يتخير الناذر فيه بين فعله فيبرّ بذلك ، لما روى أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إنى نذرت أن أضرب على رأسك بالدُّفّ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أوفِ بنذركِ »[2] رواه أبو داود ، ولأنه لو حلف على فعل مباح برّ بفعله ، فكذلك إذا نذره ، لأن النذر كاليمين ، وإن شاء تركه وعليه كفارة يمين ، ويتخرج أن لا كفارة فيه ، فإن أصحابنا قالوا فيمن نذر أن يعتكف أو يصلى فى مسجد معين : كان له أن يصلى ويعتكف فى غيره ولا كفارة ، ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأته الصدقة بثلثه بلا كفارة ، وهذا مثله . وقال مالك والشافعى : لا ينعقد نذره ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا نذر إلا فيما ابتغى به وجه الله »[3] .

وقد روى ابن عباس قال : « بينا النبى صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم، فسأل عنه ، فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم فى الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : مُروه فليستظل وليجلس وليتكلم وليتم صومه » رواه البخارى .

وعن أنس قال : « نذرت امرأة أن تمشى إلى بيت الله الحرام ، فسئل نبى الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : إن الله لغنىٌ عن مشيها ، مُروها فلتركب » قال الترمذى :هذا حديث صحيح ، ولم يأمر بكفارة .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين اثنين ، فسأل عنه ، فقالوا : نذر أن يحج ماشياً ، فقال : إن الله لغنىٌ عن تعذيب هذا نفسه ، مُروه فليركب » متفق عليه . ولم يأمره بكفارة ، ولأنه نذر غير موجب لفعل ما نذره ، فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل .

ولنا : ما تقدم فى القسم الذى قبله .

فأما حديث التى نذرت المشى فقد أمر فيه بالكفارة فى حديث آخر ، وروى عقبة بن عامر « أن أخته

---

(١) أخرجه أبو داود عن عمران بن حصين (ف) .

(٢) فى النسخ (أوف) بنذرك والصواب (أوفى) بياء المخاطبة كما فى سنن أبى داود ج٢ ص٢١٣ (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٠٤ عن عبد الله بن عمرو بن العاص (ف) .

نذرت أن تمشى إلى بيت الله الحرام ، فسئل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « مُروها فلتركب ولتكفِّر عن يمينها » صحيح أخرجه أبو داود ، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ، ويجوز أن يكون الراوى للحديث روى البعض وترك البعض ، أو يكون النبى صلى الله عليه وسلم ترك ذكر الكفارة فى بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه فى موضع آخر .

ومن هذا القسم إذا نذر فعل مكروه كطلاق امرأته، فإنه مكروه بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم «أبغض الحلال إلى الله الطلاق »[1] فالمستحب أن لا يفى ويكفِّر ، فإن وفى بنذره فلا كفارة عليه ،والخلاف فيه كالذى قبله .

القسم السادس : نذر الواجب كالصلاة المكتوبة ، فقال أصحابنا : لا ينعقد نذره ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم له ، ويحتمل أن ينعقد نذره موجباً كفارة يمين إن تركه ، كما لو حلف على فعله ، فإن النذر كاليمين ، وقد سماه النبى صلى الله عليه وسلم يميناً ، وكذلك لو نذر معصية أو مباحاً لم يلزمه ويكفِّر إذا لم يفعله .

القسم السابع : نذر المستحيل كصوم أمس ، فهذا لا ينعقد ولا يوجب شيئاً ، لأنه لا يتصور انعقاده ولا الوفاء به ، ولو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى . وعقد الباب فى صحيح المذهب أن النذر كاليمين، وموجبه موجبها ، إلا فى لزوم الوفاء به إذا كان قربة وأمكنه فعله . ودليل هذا الأصل قول النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشى فلم تطقه « ولتكفِّر يمينها » وفى رواية « فلتصم ثلاثة أيام » قال أحمد : إليه أذهب .

وعن عقبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كفارة النذر كفارة اليمين » أخرجه مسلم .

وقول ابن عباس للتى نذرت ذبح ولدها : كفِّرى يمينك ، ولأنه قد ثبت أن حكمه حكم اليمين فى أحد أقسامه وهو نذر اللجاج ، فكذلك سائره فى سوى ما استثناه الشرع .

٨١٨٣ (فصـــل)

وإن نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة ، لزمه فعل الطاعة كما فى خبر أبى إسرائيل ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمره بإتمام الصوم وترك ما سواه لكونه ليس بطاعة . وفى وجوب الكفارة لما تركه الاختلاف الذى ذكرنا . وقد روى عقبة بن عامر قال : نذرَت أختى أن تمشى إلى بيت الله الحرام حافية غير مختمرة ، فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « مُر أختك فلتركب ولتختمر ولتصم ثلاثة أيام » رواه الجوزجانى والترمذى . فإن كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة ، لأنه نذر واحد فتكون

---

(١) أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عمر (ف) .

كفارته واحدة كاليمين الواحدة على أفعال ، ولهذا لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم أخت عقبة بن عامر فى ترك التحفى والاختمار بأكثر من كفارة .

٨١٨٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه ، كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبى لبابة حين قال : إن من توبتى يا رسول الله أن أنخلع من مالى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يجزئك الثلث ﴾ .

وجملة ذلك : أن من نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه ثلثه ، وبهذا قال الزهرى ومالك .

وروى الحسين بن إسحاق الخرقى عن أحمد قال : سألته عن رجل قال : جميع ما أملك فى المساكين صدقة ؟ قال : كفارته كفارة اليمين . قال : وسئل عن رجل قال : مايرث عن فلان فهو للمساكين ، فذكروا أنه قال : يطعم عشرة مساكين .

وقال ربيعة : يتصدق منه بقدر الزكاة ، لأن المطلق محمول على معهود الشرع ، ولا يجب فى الشرع إلا قدر الزكاة .

وعن جابر بن زيد قال : إن كان كثيراً وهو ألفان تصدق بعشرة ، وإن كان متوسطاً وهو ألف تصدق بسبعة ، وإن كان قليلا وهو خمسمائة تصدق بخمسة . وقال أبو حنيفة : يتصدق بالمال الزكوى كله . وعنه فى غيره روايتان :

إحداهما : يتصدق به . والثانية : لا يلزمه منه شيء . وقال النخعى والبتى والشافعى : يتصدق بماله كله ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » ، ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لأبى لبابة حين قال : إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال : « يجزئك الثلث » .

وعن كعب بن مالك قال : قلت يا رسول الله إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمسك عليك بعض مالك » متفق عليه . ولأبى داود : « يجزىء عنك الثلث » .

فإن قالوا : هذا ليس بنذر ، وإنما أراد الصدقة بجميعه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاقتصار على ثلثه ، كما أمر سعداً حين أراد الوصية بجميع ماله بالاقتصار على الوصية بثلثه ، وليس هذا محل النزاع ، إنما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه . قلنا عنه جوابان :

أحدهما : أن قوله « يجزى عنك الثلث » دليل على أنه أتى بلفظ يقتضى الإيجاب ، لأنها إنما تستعمل غالباً فى الواجبات ، ولو كان مخيراً بإرادة الصدقة لما لزمه شىء يجزىء عنه بعضه .

الثانى : أن منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يمنع أصحابه من القُرَب ، ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به . وما قاله أبو حنيفة فقد سبق الكلام عليه ، وما قاله ربيعة لا يصح ، فإن هـــذا ليس بزكاة ولا فى معناها ، فإن الصدقة وجبت لإغناء الفقراء ومواساتهم ، وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقرباً إلى الله تعالى . ثم إن المحمول على معهود الشرع المطلق ، وهذه صدقة معينة غير مطلقة ، ثم تبطل بما لو نذر صياماً ، فإنه لا يحمل على صوم رمضان وكذلك الصلاة . وما ذكره جابر بن زيد تحكم بغير دليل .

٨١٨٥ (فصـــــل)

وإذا نذر الصدقة بمعيّن من ماله أو بمقدّر كألف ، فروى عن أحمد أنه يجوز ثلثه ، لأنه مال نذر الصدقة به فأجزأه ثلثه كجميع المال . والصحيح فى المذهب لزوم الصدقة بجميعه ، لأنه منذور وهو قربة ، فيلزمه الوفاء به كسائر المنذورات .

ولعموم قوله تعالى : (يُوفُـونَ بِالنَّـذْرِ)(١) وإنما خولفَ هذا فى جميع المال للأثر فيه ، ولما فى الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به ، اللهم إلا أن يـكون المنذور هاهنا يستغرق جميع المال فيـكون كنذر ذلك . ويحتمل أنه إن كان المنذور ثلث المـال فما دون لزمه وفاء نذره ، وإن زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه ، لأنه حكم يعتبر فيه الثلث فأشبه الوصية به .

٨١٨٦ (فصـــــل)

وإذا نذر الصدقة بقدر من المـال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجزئه . وإن كان الغريم من أهل الصدقة ، قال أحمد : لا يجزئه حتى يقبضه ، وذلك لأن الصدقة تقتضى التمليك ، وهـذا إسقاط ، فلم يجزئه كما فى الزكاة .

وقال أحمد : فيمن نذر أن يتصدق بمال وفى نفسه أنه ألف ، أجزأه أن يخرج ما شاء ، وذلك لأن اسم المال يقع على القليل ، وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم ، والنذر لا يلزم بالنية ، والقياس أن يلزمه ما نواه لأنه نوى بكلامه ما يحتمله ، فتعلق الحكم به كاليمين . وقد نص أحمد فيمن نوى صوماً أو صلاة وفى نفسه أكثر مما يتناوله لفظه أنه يلزمه ذلك ، وهذا كذلك ، والله أعلم .

---

(١) سورة الإنسان آية ٧ .

٨١٨٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام ، كفَّر كفارة يمين ، وأطعم لكل يوم مسكيناً ﴾ .

وجملته: أن من نذر طاعة لا يطيقها ، أو كان قادراً عليها فعجز عنها، فعليه كفارة يمين ، لما روى عقبة ابن عامر قال « نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية، فأمرتني أن أستفتي لها رسولَ الله صلى الله عليه وسلم ، فاستفتيته فقال : لتمش ولتركب» متفق عليه. ولأبي داود «وتكفّر يمينها» وللترمذي «ولتصم ثلاثة أيام».
وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين »[1] قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود وقال: وقفه من رواه عن ابن عباس .

وقال ابن عباس : من نذر نذراً لم يسمّه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً يطيقه فليفِ لله بما نذر ، فإذا كفّر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شيء آخر ، وإن كان صياماً فعن أحمد روايتان :

إحداهما: يلزمه لكل يوم إطعام مسكين. قال القاضي : وهذا أصح، لأنه صوم وجد سبب إيجابه عيناً ، فإذا عجز عنه لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكيناً كصيام رمضان ، ولأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعاً ، ولو عجز عن الصوم المشروع أطعم عن كل يوم مسكيناً ، وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور .

والثانية : لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره ، لقوله عليه السلام : « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته ، ولأنه نذر عجز عن الوفاء به ، فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر النذور ، ولأن موجب النذر موجب اليمين ، إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قربة ، ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجهين :

أحدهما : أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت ، فكذلك في الحياة ، وهذا بخلافه ، ولأن صوم رمضان آكد ، بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه ، وعظم إثم من أفطر بغير عذر .

والثاني أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع ، ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة فأجزأت عنه بخلاف المشروع .

وقولهم : إن المطلق من كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع .

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن عائشة (ف).

قلنا : ليس هذا بمطلق ، وإنما هو منذور معين ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة فى العجز عنه كما فى العجز الواجب بأصل الشرع .

٨١٨٨ (فصل)

وإن عجز لعارض يرجى زواله من مرض أو نحوه ، انتظر زواله ، ولا تلزمه كفارة ولا غيرها ، لأنه لم يفت الوقت ، فيشبه المريض فى شهر رمضان ، فإن استمر عجزه إلى أن صار غير مرجوّ الزوال صار إلى الكفارة والفدية على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، فإن كان العجز المرجوّ الزوال عن صوم معين فات وقته انتظر الإمكان ليقضيه ، وهل تلزمه لفوات الوقت كفارة ؟ على روايتين ؛ ذكرهما أبو الخطاب :

إحداهما : تجب الكفارة ، لأنه أخلّ بما نذره على وجهه فلزمته الكفارة ، كما لو نذر المشى إلى بيت الله الحرام فعجز ، ولأن النذر كاليمين ، ولو حلف ليصومنّ هذا الشهر فأفطره لعذر لزمته كفارة ، كذا هاهنا .

والثانية : لا تلزمه ، لأنه أتى بصيام أجزأه عن نذره ، من غير تفريط منه ، فلم تلزمه كفارة يمين ، كما لو صام ما عيّنه .

٨١٨٩ (فصل)

وإن نذر غير الصيام فعجز عنه ، كالصلاة ونحوها ، فليس عليه إلا الكفارة ، لأن الشرع لم يجعل لذلك بدلا يصار إليه ، فوجبت الكفارة لمخالفته نذره فقط ، وإن عجز عنه لعارض فحكمه حكم الصيام سواء فيما فصلناه .

٨١٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً ولم ينوه ، فأقل ذلك صيام يوم ، وأقل الصلاة ركعتان ﴾ .

أما إذا نذر صياماً مطلقاً ، فأقل ذلك يقوم صيام يوم ، لا خلاف فيه ، لأنه ليس فى الشرع صوم مفرد أقل من يوم فيلزمه ، لأنه اليقين ، وأما الصلاة ففيها روايتان :

إحداهما : يجزئه ركعة ، نقلها إسماعيل بن سعيد ، ولأن أقل الصلاة ركعة ، فإن الوتر صلاة مشروعة وهى ركعة واحدة ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تطوع بركعة واحدة .

والثانية : لا يجزئه إلا ركعتان ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان ، فوجب حمل النذر عليه ، وأما الوتر : فهو نفل ، والنذر فرض ، فحمله على الفروض أولى ، ولأن الركعة لا تجزىء فى الفرض ، فلا تجزىء فى النفل كالسجدة . وللشافعى قولان كالروايتين ، فأما إن عيّن بنذره عدداً لزمه قلّ

أو كثر ، لأن النذر ثابت بقوله ، وكذلك عدده ، فإن نوى عدداً فهو كما لو سماه ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فلزمه حكمه كاليمين .

٨١٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام لم يجزئه إلا أن يمشي في حج أو عمرة ، فإن عجز عن المشي ركب وكفّر كفارة يمين ﴾ .

وجملته : أن من نذر المشي إلى بيت الله الحرام لزمه الوفاء بنذره ، وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تُشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى »[1] ولا يجزئه المشي إلا في حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن المشي المعهود في الشرع هو المشي في حج أو عمرة ، فإذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعي ، ويلزمه المشي فيه لنذره ، فإن عجز عن المشي ركب وعليه كفارة يمين .

وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه دم ، وهو قول للشافعي ، وأفتى به عطاء ، لما روى ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت المشي إلى بيت الله الحرام ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هدياً » رواه أبو داود وفيه ضعف ، ولأنه أخلّ بواجب في الإحرام ، فلزمه هدي كتارك الإحرام من الميقات . وعن ابن عمر وابن الزبير قالا : يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشي ما ركب . ونحوه قال ابن عباس وزاد فقال : ويهدي . وعن الحسن مثل الأقوال الثلاثة . وعن النخعي روايتان :

إحداهما : كقول ابن عمر .

والثانية : كقول ابن عباس ، وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة : عليه هدي ، سواء عجز عن المشي أو قدر عليه ، وأقل الهدي شاة ، وقال الشافعي : لا تلزمه مع العجز كفارة بحال ، إلا أن يكون النذر مشياً إلى بيت الله ، فهل يلزمه هدي ؟ فيه قولان . وأما غيره فلا يلزمه مع العجز شيء .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم حين قال لأخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي إلى بيت الله « لتمش ولتركب ولتكفّر عن يمينها » وفي رواية « فلتصم ثلاثة أيام » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كفارة

---

(١) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي وابن ماجة عن أبي سعيد ؛ وأخرجوه عن الترمذي، وأخرجه أبو داود والنسائي كذلك عن أبي هريرة (ف) .

النذر كفارة اليمين »[1] ولأن المشى مما لا يوجبه الإحرام ، فلم يجب الدم بتركه ، كما لو نذر صلاة ركعتين فتركهما ، وحديث الهـــدى ضعيف . وهذا حجة على الشافعى حيث أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز .

فإن قيل : فإن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز .

قلنا : يتعين حمله على حالة العجز ، لأن المشى قربة ، لأنه مشى إلى عبادة ، والمشى إلى العبادة أفضل . ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يركب فى عيد ولا جنازة ، فلو كانت قادرة على المشى لأمرها به ولم يأمرها بالركوب والتكفير ، ولأن المشى المقدور عليه لا يخلو من أن يكون واجباً أو مباحاً . فإن كان واجباً لزم الوفاء به ، وإن كان مباحاً لم تجب الكفارة بتركه عند الشافعى ، وقد أوجب الكفارة هاهنا وترك ذكره فى الحديث ، إما لعلم النبى صلى الله عليه وسلم بحالها وعجزها ، وإما لأن الظاهر من حال المرأة العجز عن المشى إلى مكة ، أو يكون قد ذكر فى الخبر فترك الراوى ذكره .

وقول أصحاب أبى حنيفة : إنه أخل بواجب فى الحج .

قلنا : المشى لم يوجبه الإحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدى ، كما لو نذر صلاة ركعتين فى الحج فلم يصلهما ، فأما إن ترك المشى مع إمكانه فقد أساء وعليه كفارة أيضاً لتركه صفة النذر .

وقياس المذهب أن يلزمه استئناف الحج ماشياً لتركه صفة المنذور ، كما لو نذر صوماً متتابعاً فأتى به متفرقاً ، وإن عجز عن المشى بعد الحج كفر وأجزأه ، وإن مشى بعض الطريق وركب بعضاً .

فعلى هذا القياس يحتمل أن يكون كقول ابن عمر ، وهو أن يحج فيمشى ما ركب ويركب ما مشى . ويحتمل أن لا يجزئه إلا حج يمشى فى جميعه ، لأن ظاهر النذر يقتضى هذا .

ووجه القول الأول : أنه لا يلزمه بترك المشى المقدور عليه أكثر من كفارة ، لأن المشى غير مقصود فى الحج ، ولا ورد الشرع باعتباره فى موضع ، فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة ، كما لو نذر التحفى وشبهه ، وفارق التتابع فى الصيام ، فإنها صفة مقصودة فيه ، اعتبرها الشرع فى صيام الكفارات : كفارة الظهار والجماع واليمين .

٨١٩٢ (فصـــل)

فإن نذر الحج راكباً لزمه الحج كذلك ، لأن فيه إنفاقاً فى الحج ، فإن ترك الركوب فعليه كفارة .

(١) ورد « كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين » أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى عن عقبة بن عامر ، وورد « لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين » أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة ورد « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » وقد خرجناه (ف) .

وقال أصحاب الشافعي : يلزمه دم لترفهه بترك الإنفاق . وقد تبينا أن الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدى ، إلا أن هذا إذا مشى ولم يركب مع إمكانه لم يلزمه أكثر من كفارة ، لأن الركوب فى نفسه ليس بطاعة ولا قربة ، وكل موضع نذر المشى فيه أو الركوب فإنه يلزمه الإتيان بذلك من دويرة أهله ، إلا أن ينوى موضعاً بعينه فيلزمه من ذلك الموضع ، لأن النذر محمول على أصله فى الفرض ، والحج المفروض بأصل الشرع يجب كذلك ، ويحرم للمنذور من حيث يحرم للواجب . قال بعض الشافعية : يجب الإحرام من دويرة أهله ، لأن إتمام الحج كذلك .

ولنا : أن المطلق محمول على المعهود فى الشرع ، والإحرام الواجب إنما هو من الميقات ، ويلزمه المنذور من المشى أو الركوب فى الحج أو العمرة إلى أن يتحلل ؛ لأن ذلك انقضاء الحج والعمرة .

قال أحمد : يركب فى الحج إذا رمى ، وفى العمرة إذا سعى ، لأنه لو وطىء بعد ذلك لم يفسد حجاً ولا عمرة ، وهذا يدل على أنه إنما يلزمه فى الحج التحلل الأول

٨١٩٣ (فصل)

وإذا نذر المشى إلى بيت الله أو الركوب إليه ، ولم يُرد بذلك حقيقة المشى والركوب إنما أراد إتيانه لزمه إتيانه ، فى حج أو عمرة ، ولم يتعين عليه مشى ولا ركوب ، لأنه عنى ذلك بنذره وهو محتمل له فأشبه ما لو صرح به . ولو نذر أن يأتى بيت الله الحرام أو يذهب إليه لزمه إتيانه فى حج أو عمرة . وعن أبى حنيفة لا يلزمه شىء ، لأن مجرد إتيانه ليس بقربة ولا طاعة .

ولنا : أنه علق نذره بوصول البيت فلزمه، كما لو قال : لله علىّ المشى إلى الكعبة . إذا ثبت هذا فهو مخير فى المشى والركوب ، وكذلك إذا نذر أن يحج البيت أو يزوره ، لأن الحج يحصل بكل واحد من الأمرين فلم يتعين أحدهما . وإن قال : لله علىّ أن آتى البيت الحرام غير حاجّ ولا معتمر؛ لزمه الحج والعمرة وسقط شرطه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . لأن قوله : لله علىّ أن آتى البيت يقتضى حجاً أو عمرة ، وشرط سقوط ذلك يناقض نذره فسقط حكمه .

٨١٩٤ (فصل)

إذا نذر المشى إلى البلد الحرام ، أو بقعة منه كالصَّفَا والْمَرْوَةِ وأَبِي قُبَيْسٍ ، أو موضع فى الحرم ، لزمه الحج أو عمرة ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه إلا أن ينذر المشى إلى الكعبة أو إلى مكة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن نذر المشى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام كقولنا ، وفى باقى الصور كقول أبى حنيفة .

ولنا : أنه نذر المشى إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة . فأما إن نذر المشى إلى غير الحرم كعرفة

ومواقيت الإحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح . وكذلك إن نذر إتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة لم يلزمه إتيانه ، وإن نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشى ، ففى أى موضع صلى أجزأه ، لأن الصلاة لا تخص مكاناً دون مكان ، فلزمته الصلاة دون الموضع . ولا نعلم فى هذا خلافاً إلا عن الليث فإنه قال : لو نذر صلاة أو صياماً بموضع لزمه فعله فى ذلك الموضع ، ومن نذر المشى إلى مسجد مشى إليه .

قال الطحاوى : ولم يوافقه على ذلك أحد من الفقهاء ، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا تُشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » متفق عليه ، ولو لزمه المشى إلى مسجد بعيد لشد الرحل إليه ، ولأن العبادة لا تختص بمكان دون مكان ، فلا يكون فعلها فيما نذر فعلها فيه قربة فلا تلزمه بنذره ، وفارق مالو نذر العبادة فى يوم بعينه لزمه فعلها فيه ، لأن الله تعالى عيّن لعبادته زمناً ووقتاً معيناً ، ولم يعيّن لها مكاناً وموضعاً ، والنذور مردودة إلى أصولها فى الشرع ، فتعينت بالزمان دون المكان .

٨١٩٥ (فصـــــل)

وإن نذر المشى إلى بيت الله تعالى ولم ينو به شيئاً ولم يعينه ، انصرف إلى بيت الله الحرام ، لأنه المخصوص بالقصد دون غيره ، وإطلاق بيت الله ينصرف إليه دون غيره فى العرف ، فينصرف إليه إطلاق النذر .

٨١٩٦ (فصـــــل)

وإن نذر المشى إلى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أو المسجد الأقصى لزمه ذلك ، وبهذا قال مالك والأوزاعى وأبو عبيد وابن المنذر ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يبين لى وجوب المشى إليهما ، لأن البر بإتيان بيت الله فرض ، والبر بإتيان هذين نفل .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تُشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » ولأنه أحد المساجد الثلاثة ، فيلزم المشى إليه بالنذر كالمسجد الحرام ولا يلزم ما ذكره ، لأن كل قربة تجب بالنذر ، وإن لم يكن لها أصل فى الوجوب ، كعيادة المريض وشهود الجنائز . ويلزمه بهذا النذر أن يصلى فى الموضع الذى أتاه ركعتين ، لأن القصد بالنذر القربة والطاعة ، وإنما تحصيل ذلك بالصلاة ، فتضمن ذلك نذره ، كما يلزم ناذر المشى إلى بيت الله الحرام أحد النسكين . ونذر الصلاة فى أحد المسجدين كنذر المشى إليه ، كما أن نذر أحد النسكين فى المسجد الحرام كنذر المشى إليه .

وقال أبو حنيفة : لا تتعين عليه الصلاة فى موضع بالنذر ، سواء كان فى المسجد الحرام أو غيره ، لأن مالا أصل له فى الشرع لا يجب بالنذر، بدليل نذر الصلاة فى سائر المساجد .

ولنا : ماروى أن عمر قال « يارسول الله إنى نذرت أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » متفق عليه . ولأن الصلاة فيها أفضل من غيرها ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم « صلاة فى مسجدى هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » متفق عليه .
وروى عنه صلى الله عليه وسلم « صلاة فى المسجد الحرام بمائة ألف صلاة[1] » وإذا كان فضيلة وقربة لزم بالنذر ، كما لو نذر طول القراءة ، وما ذكروه يبطل بالعمرة ، فإنها تلزم بنذرها وهى غير واجبة عندهم .

٨١٩٧ (فصــــل)

وإذا نذر الصلاة فى المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة فى غيره ، لأنه أفضل المساجد وخيرها ، وأكثرها ثواباً للمصلى فيها ، وإن نذر الصلاة فى المسجد الأقصى أجزأته الصلاة فى المسجد الحرام ، لما روى جابر « أن رجلا قام يوم الفتح فقال يارسول الله إنى نذرت إن فتح الله عليك أن أصلى فى بيت المقدس ركعتين ، قال : صلّ هاهنا ، ثم أعاد عليه ، فقال : صلّ هاهنا ، ثم أعاد عليه ، قال: صلّ هاهنا . ثم أعاد عليه ، فقال : شأنك »رواه أبو داود . ورواه الإمام أحمد ولفظه « والذى نفسى بيده لو صليت هاهنا لأجزأ عنك كل صلاة فى بيت المقدس » .

وإن نذر إتيان المسجد الأقصى والصلاة فيه ، أجزأته الصلاة فيه وفى مسجد المدينة لأنه أفضل ، وإن نذر ذلك فى مسجد المدينة لم يجزئه فعله فى المسجد الأقصى ، لأنه مفضول ، وقد سبق هذا فى باب الاعتــكاف .

٨١٩٨ (فصــــل)

وإن أفسد الحج المنذور ماشياً وجب القضاء ماشياً ، لأن القضاء يكون على صفة الأداء ، وكذلك إن فاته الحج، لـكن إن فاته الحج سقط توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة ومنى والرمى وتحلل بعمرة، ويمشى بالحج الفاسد ماشياً حتى يتحلل منه .

٨١٩٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا نذر عتق رقبة فهى التى تجزىء عن الواجب ، إلا أن يكون نوى رقبة بعينها ﴾ .

يعنى لا تجزئه إلا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل، وهى التى تجزىء فى الـكفارة ،لأن النذر المطلق يحمل على المعهود فى الشرع ، والواجب بأصل الشرع كذلك ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .
والوجه الآخر : يجزئه أى رقبة كانت ، صحيحة أو معيبة ، مسلمة أو كافرة ، لأن الاسم يتناول جميع ذلك .

(١) ورد «صلاة فى المسجد الحرام مائة ألف صلاة» أخرجه البيهقى عن جابر ؛ وورد « صلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه» أخرجه أحمد وابن ماجة عن جابر (ف).

ولنا : أن المطلق يحمل على معهود الشرع ، وهو الواجب فى الكفارة . وما ذكروه يبطل بنذر المشى إلى بيت الله الحرام ، فإنه لا يحمل على ما تناوله الاسم ، فأما إن نوى رقبة بعينها أجزأه عتقها أى رقبة كانت ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، وإن نوى مايقع عليه اسم الرقبة أجزأه مانواه لما ذكرناه أن المطلق يتقيد بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية . قال أحمد فيمن نذر عتق عبد بعينه فمات قبل أن يعتقه : تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد ، لأن هذا شىء فاته على حديث عقبة بن عامر ، وإليه أذهب فى الفائت وما عجز عنه .

٨٢٠٠ (فصـــل)

وإذا نذر هدياً مطلقاً لم يجزئه إلا ما يجزىء فى الأضحية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، لأن المطلق يحمل على معهود الشرع . وإن عين الهدى بلفظه أو نيته أجزأه ما عينه ، صغيراً كان أو كبيراً ، جليلا كان أو حقيراً ، لأن ذلك يسمى هدياً . قال النبى صلى الله عليه وسلم « من راح فى الساعة الخامسة فكأنما أهدى بيضة[1] » وإنما صرفنا المطلق إلى معهود الشرع لأنه غلب على الاسم ، كما لو نذر أن يصلى لزمته صلاة شرعية دون اللغوية ، وإن قال:لله علىّ أن أهدى بدنة أو بقرة ، أو قال شاة ، لزمه أقل مايجزىء من ذلك الجنس الذى عيّنه ، فإن نذر بدنة أجزأه ثنية من الإبل أو ثنى ، فإن لم يجد من الإبل فبقرة ، فإن لم يجد فسبع من الغنم،لأن النذر محمول على معهود الشرع ، وقد تقرر فى الشرع أن البقرة تقوم مقام البدنة ، وكذلك سبع من الغنم ، فإن أراد إخراج البقرة أو الغنم مع القدرة على البدنة فقال القاضى : لا يجزئه ، وهو المنصوص عن الشافعى ، والذى يقتضيه مذهب الخرقى جواز ذلك ، لقوله : ومن وجب عليه بدنة فذبح سبعاً من الغنم أجزأه ، فإن نوى بنذره بدنة من الإبل ، لم يجزئه غيرها مع وجودها وجهاً واحداً ، لأنها وجبت بإيجابه ، بخلاف ما إذا أطلق ، فإنها انصرفت إلى الإبل بمعهود الشرع ، ومعهود الشرع فيها أن تقوم البقرة مقامها . فأما إن نواها من الإبل أو غيره ، فمقتضى المذهب أنه لا يقوم غيرها مقامها كسائر المنذورات ، وكذلك إن صرح بها فى نذره ، مثل أن يقول: لله علىّ أن أهدى ناقة ، ويحتمل أن تقوم البقرة مقامها عند عدمها ، لأنها تعينت هدياً شرعياً ، والهدى الشرعى له بدل .

---

(١) من حديث رواه أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح إلى الجمعة فكأنما قرب بدنة، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة،ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن،ومن راح فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة،ومن راح فى الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة، فإذا خرج الإمام حضرت الملائكة يستمعون الذكر » أخرجه الستة (ف).

٨٢٠١ (فصـــل)

ومن نذر هدياً لزمه إيصاله إلى مساكين الحرم ، لأن إطلاق الهدى يقتضى ذلك . قال الله تعالى (هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ)[1] فإن عيّن شيئاً بنذره مثل أن يقول : أهدى شاة أو ثوباً أو بُرًّا أو ذهباً ، فـكان مما ينقل ، حمل إلى الحرم ففرّق فى مساكينه ، وإن كان مما لا ينقل، نحو أن يقول : لله علىّ أن أهدى دارى هذه أو أرضى أو شجرتى هذه ، بيعت وبعث بثمنها إلى الحرم ، لأنه لا يمكن إهداؤه بعينه ، فانصرف بذلك إلى بدله . وقد روى عن ابن عمر أن رجلا سأله فى امرأة نذرت أن تهدى داراً فقال : تبيعها وتتصدق بثمنها على مساكين الحرم . وكذلك لو كان المنذور مما ينقل لكن يشق نقله، كخشبة ثقيلة ، فإنه يبيعها ، لأنه أحظ للمساكين من نقلها . وإن كان مما لا كلفة فى نقله إلا أنه لا يمكن تفريقه بنفسه ويحتاج إلى البيع نظر إلى الحظ للمساكين فى بيعه فى بلده أو نقله ليباع ثَمَّ ، وإن استوى الأمران بيع فى أى موضع شاء .

٨٢٠٢ (فصـــل)

وإن نذر أن يهدى إلى غير مكة ، كالمدينة أو الثغور ، أو يذبح بها ، لزمه الذبح وإيصال ما أهداه إلى ذلك المكان ، وتفرقة الهدى ولحم الذبيحة على أهله ، إلا أن يكون بذلك المكان ما لا يجوز النذر له ، ككنيسة أو صنم أو نحوه مما يعظمه الكفار أو غيرهم مما لا يجوز تعظيمه ، كشجرة أو قبر أو حجر أو عين ماء ونحو ذلك ، لما روى أبو داود قال « نذر رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ينحر إبلا بِبُوَانَةَ[2] ، فأتى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هل كان بها وثن من أوثان الجاهلية يعبد ؟ قالوا : لاَ ، قال : هل كان فيها عيد من أعيادهم ؟ قالوا : لاَ ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » ولأنه ضمن نذره نفع فقراء ذلك البلد بإيصال اللحم إليهم ، وهذه قربة فتلزمه ، كما لو نذر التصدق عليهم .

فإن كان بها شىء مما ذكرنا لم يجز النذر ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « هل كان بها وثن أو عيد من أعياد الجاهلية ؟ » وهذا يدل على أنه لو كان بها ذلك لمنعه من الوفاء بنذره ، ولأن فى هذا تعظيماً لغير ما عظم الله ، يشبه تعظيم الكفار للأصنام ، فحرم كتعظيم الأصنام ، ولذلك لعن النبى صلى الله عليه وسلم المتخذات[3] على القبور المساجد والسرج وقال « لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد »[4] يحذّر

---

(١) سورة المائدة آية ٩٥ . (٢) بوانة : بضم الباء وقيل بفتحها هضبة من وراء ينبع (ف)

(٣) أخرج أبو داود والترمذى والنسائى والحاكم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لعن الله زائرات القبور والمتخذين عليها المساجد والسرج» (ف) (٤) أخرجه النسائى عن أبى هريرة (ف)

مثل ما صنعوا . وعلى هذا نذر الشمع والزيت وأشباهه للأماكن التي فيها القبور لا يصح .

٨٢٠٣ (فصـــــل)

وإن نذر الذبح بمكة فهو كنذر الهدى إليها، لأن مطلق النذر محمول على معهود الشرع، ومعهود الشرع في الذبح الواجب بها أن يفرق اللحم بها .

٨٢٠٤ (مســألة)

قال (وإذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان ، فقدم أول يوم من شهر رمضان ، أجزأه صيامه لرمضان ونذره)

ظاهر كلام الخرقى : أن نذر هذا منعقد ، لكن صيامه يجزىء عن النذر ورمضان ، وهو قول أبى يوسف ؛ وهو قياس قول ابن عباس وعكرمة ، لأنه نذر صوماً فى وقت وقد صام فيه ، وقال القاضى : ظاهر كلام الخرقى أن النذر غير منعقد ، لأن نذره وافق زمناً يستحق صومه ، فلم ينعقد نذره كنذر صوم رمضان . قال : والصحيح عندى صحة النذر ، لأنه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالباً فانعقد كما لو وافق شعبان. فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضى ويكفّر ، وهذا اختيار أبى بكر. ونقل جعفر بن محمد عن أحمد : أن عليه القضاء . وقول الخرقى أجزأه صيامه لرمضان ونذره ، دليل على أن نذره انعقد عنده ، لولا ذلك لما كان صومه عن نذره .

وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر ، وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شىء آخر ، وهذا مثل قول الخرقى .

وروى عكرمة عن ابن عباس فى رجل نذر أن يحج ولم يكن حج الفريضة ، قال : يجزىء لهما جميعاً . وعن عكرمة أنه سئل عن ذلك ، فقال عكرمة : يقضى حجته عن نذره وعن حجة الإسلام ، أرأيتم لو أن رجلا نذر أن يصلى أربع ركعات فصلى العصر ، أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال: فذكرت قولى لابن عباس ، فقال : أصبت وأحسنت .

وقال ابن عمر وأنس وعروة : يبدأ بحجة الإسلام ثم يحج لنذره ، وفائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه ، وأنه لو لم ينوه لنذره لزمه قضاؤه ، وعلى هذا لو وافق نذره بعض رمضان وبعض شهر آخر إما شعبان وإما شوال ، لزمه صوم ما خرج عن رمضان ويتمه من رمضان. ولوقال: لله علىّ صوم رمضان، فعلى قياس قول الخرقى يصح نذره ويجزئه صيامه عن الأمرين وتلزمه الكفارة إن أخلّ به ، وعلى قول القاضى: لا ينعقد نذره ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لا يصح صومه عن النذر فأشبه الليل .

ولنا : أن النذر يمين ، فينعقد فى الواجب موجباً للكفارة كاليمين بالله تعالى .

٨٢٠٥ (فصــــل)

ونقل عن أحمد فيمن نذر أن يحج العام وعليه حجة الإسلام روايتان :

إحداهما : تجزئه حجة الإسلام عنها وعن نذره ، نقلها أبو طالب .

والثانية : ينعقد نذره موجباً لحجة غير حجة الإسلام ، يبدأ بحجة الإسلام ثم يقضى نذره ، نقلها ابن منصور ، لأنهما عبادتان تجبان بسببين مختلفين ؛ فلم يسقط إحداهما بالأخرى، كما لو نذر حجتين . ووجه الأولى أنه نذر عبادة فى وقت معين وقد أتى بها فيه ، فأشبه ما لو قال لله علىّ أن أصوم رمضان .

٨٢٠٦ (فصــــل)

فإن قال:لله علىّ أن أصوم شهراً ، فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه ، لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ، ونذره يقتضى إيجاب شهر ، فيجب شهران بسببين ، ولا يجزىء أحدهما عن الآخر ، كما لو نذر صوم شهرين ، وكما لو نذر أن يصلى ركعتين ، لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن صلاة الفجر .

٨٢٠٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فقدم يوم فطر أو أضحى ، لم يصمه ، وصام يوماً مكانه ، وكفّر كفارة يمين ﴾

وجملته : أن من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فإن نذره صحيح . وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يصح نذره . لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح ، كما لو قال : لله علىّ أن أصوم اليوم الذى قبل اليوم الذى يقدم فيه .

ولنا : أنه زمن صح فيه صوم التطوع ، فانعقد نذره لصومه ، كما لو أصبح صائماً تطوعاً قال : لله علىّ أن أصوم يومى . وقولهم : لا يمكن صومه لا يصح ، فإنه قد يعلم اليوم الذى يقدم فيه قبل قدومه فينوى صومه من الليل ، لأنه قد يجب عليه ما لا يمكنه ، كالصبى يبلغ فى أثناء يوم من رمضان ، أو الحائض تطهر فيه . ولا نسلم ما قاسوا عليه إذا ثبتت صحته ولا يخلو من أقسام خمسة :

أحدها : أن يعلم قدومه من الليل فينوى صومه ، ويكون يوماً يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه ، لأنه وفى بنذره .

الثانى : أن يقدم يوم فطر أو أضحى ، فاختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة ، فعنه : لا يصومه ويقضى ويكفر ، نقله عن أحمد جماعة ، وهو قول أكثر أصحابنا ، ومذهب الحكم وحماد .

الرواية الثانية : يقضى ولا كفارة عليه ، وهو قول الحسن والأوزاعى وأبى عبيد وقتادة وأبى ثور وأحد قولى الشافعى ، فإنه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه ، كما لو تركه نسياناً ، ولم تلزمه كفارة، لأن الشرع منعه من صومه ، فهو كالمُكره .

وعن أحمد رواية ثالثة : إن صامه صح صومه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه وفى بما نذر ، فأشبه ما لو نذر معصية ففعلها ، ويتخرج أن يكفِّر من غير قضاء . لأنه وافق يوماً صومه حرام فكان موجبه الكفارة ، كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها . ويتخرج أن لا يلزمه شىء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية ، وهذا قول مالك والشافعى فى أحد قوليه بناء على نذر المعصية .

ووجه قول الخرقى : أن النذر ينعقد لأنه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً ، كما لو وافق غير يوم العيد . ولا يجوز أن يصوم يوم العيد ، لأن الشرع حرم صومه ، فأشبه زمن الحيض . ولزمه القضاء ، لأنه نذر منعقد ، وقد فاته الصيام بالعذر ، ولزمته الكفارة لفواته ، كما لو فاته بمرض ، وإن وافق يوم حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو أضحى ، إلا أنه لا يصومه بغير خلاف فى المذهب ولا بين أهل العلم .

الثالث : أن يقدم فى يوم يصح صومه والناذر مفطر ، ففيه روايتان :

إحداهما : يلزمه القضاء والكفارة ، لأنه نذر صوماً نذراً صحيحاً ولم يف به ، فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه ترك المنذور لعذر .

والثانية : لا يلزمه شىء من قضاء ولا غيره ، وهو قول أبى يوسف وأصحاب الرأى وابن المنذر ، لأنه قدم فى زمن لا يصح صومه فيه ، فلم يلزمه شىء كما لو قدم ليلا .

الرابع : قدم والناذر صائم فلا يخلو من أن يكون تطوعاً أو فرضاً ، فإن كان تطوعاً فقال القاضى : يصوم بقيته ويعقده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه يمكن صوم يوم بعضه تطوع وبعضه واجب ، كما لو نذر فى أثناء التطوع إتمام صوم ذلك اليوم ، وإنما وجد سبب الوجوب فى بعضه . وذكر القاضى احتمالا آخر أنه يلزمه القضاء والكفارة ، لأنه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان . وذكر أبو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين . وعند الشافعى عليه القضاء فقط ، كما لو قدم وهو مفطر ، ويتخرج لنا مثله . وأما إن كان الصوم واجباً فحكمه حكم المسألة التى قبل هذه وقد ذكرناه . وإن قدم وهو ممسك لم ينو الصيام ولم يفعل ما يفطره ، فحكمه حكم الصائم تطوعاً .

الخامس : أن يقدم ليلا فلا شىء عليه فى قولهم جميعاً ، لأنه لم يقدم فى اليوم ولا فى وقت يصح فيه الصيام .

٨٢٠٨ ﴿ فصـــــل ﴾

وإن قال:لله عليّ صوم يوم العيد ، فهذا نذر معصية،على ناذره الكفارة لا غير ، نقلها حنبل عن أحمد . وفيه رواية أخرى أن عليه القضاء مع الكفارة كالمسألة المذكورة ، والأولى هى الصحيحة ، قاله القاضى ، لأن هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصى ، وفارق المسألة التى قبلها ، لأنه لم يقصد بنذره المعصية ، وإنما وقع اتفاقاً ، وهاهنا تعمدها بالنذر فلم ينعقد نذره ، ويدخل فى قوله عليه السلام « لا نذر فى معصية » ويتخرج ألا يلزمه شىء بناء على نذر المعصية فيما تقدم ، وإن نذرت المرأة صوم يوم حيضها ونفاسها فعليها الكفارة لا غير ، ولم أعلم عن أصحابنا فى هذا خلافاً .

٨٢٠٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن وافق قدومه يوماً من أيام التشريق ، صامه فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله. والرواية الأخرى لا يصومه ، ويصوم يوماً مكانه ، ويكفِّر كفارة يمين ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى صيام أيام التشريق عن الفرض ، وقد ذكرنا ذلك فى الصيام . فإن قلنا : يصومها عن الفرض صامها هاهنا وأجزأته ، وإن قلنا : لا يصومها ، فحكمه حكم من وافق يوم العيد وقد مضى .

٨٢١٠ (فصـــــل)

وإن قال: لله عليّ صوم يوم يقدم فلان أبداً ، أو قال: لله عليّ صوم يوم كل خميس أبداً ، لزمه ذلك فى المستقبل . فأما اليوم الذى يقدم فيه فقد مضى بيان حكمه ، ولا يدخل فى نذره ذلك اليوم من شهر رمضان ، لأن رمضان لا يتصور انفكاكه عن دخول ذلك اليوم فيه ، ولا يمكنه صومه عن غير رمضان، لأنه لا يقبل ذلك ، ويجىء على قول الخرقى أن يدخل فى نذره ويجزئه صومه لرمضان ونذره ، وإن وافق يوم عيد ، أو يوماً من أيام التشريق ، أو يوم حيض ، ففيه من الاختلاف ما قد مضى . وإن وجب عليه صوم شهرين عن كفارة الظهار أو نحوه صامهما عن الكفارة دون النذر ، لأنه متى نوى النذر فى ابتدائهما انقطع التتابع فلا يقدر على التكفير،فحينئذ يقضى نذره ويكفّر ، لأنه ترك صوم النذر مع إمكانه لعذر ، ويفارق الأيام التى دخلت فى رمضان فإنها لم تدخل فى نذره لعدم انفكاكه عنها ، وهاهنا تنفك الأيام عن دخول الكفارة فيها .

ولا فرق بين كون نذره قبل وجوب الكفارة أو بعدها ، لأن الأيام التى فى رمضان لا يصح صومها عن نذره ، وأيام الكفارة يصح صومها عن نذره ، وإذا نواها عن نذره انقطع التتابع وأجزأت عن المنذور . وإن فاتته أيام كثيرة لزمته كفارة واحدة عن الجميع ، فإذا كفّر ثم فاته شىء بعد ذلك لزمته

كفارة ثانية ، نص عليه أحمد ، فإنه قال فيمن نذر صيام أيام فرض ، فإن كان قد كفّر عن الأول ثم أفطر بعد ذلك كفّر كفارة أخرى ، وإن لم يكن كفّر عن الأول فكفارة واحدة ، ولا يكون مثل اليمين إذا حنث وكفّر سقطت عنه . ويتخرج أنه متى كفّر مرة لم تلزمه كفارة أخرى ، لأن النذر كاليمين ويشبه اليمين ، وإيجاب الكفارة فيه لذلك واليمين لا يوجب أكثر من كفارة ، فمتى كفّرها لم يجب بها أخرى ، كذلك النذر . فعلى هذا متى فاته شيء فكفّر عنه ثم فاته شيء آخر قضاه من غير كفارة ، لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه ولا إجماع ولا قياس ولا يمكن إيجابها بغير دليل .

٨٢١١ (فصــــل)

إذا نذر صوم سنة بعينها ، لم يدخل فى نذره رمضان ، لأنه لا يقبل غير صوم رمضان فأشبه الليل ، ولا يوما العيدين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صيامهما[1] ، ولا يصح صومهما عن النذر فأشبها رمضان . وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال يقضى يوم الفطر ويكفّر . فعلى هـذه الرواية يدخل فى نذره العيدان وأيام التشريق ، لأنها خمسة من جملة السنة ، والأول أصح ، وفى أيام التشريق روايتان . وإن نذر صوم سنة مطلقة ، فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يلزمه . لأن السنة المطلقة تنصرف إلى المتتابعة ، فعلى هذه الرواية حكمها حكم المعينة فى أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان ، وفى أيام التشريق روايتان ، فإن ابتدأها من أول الشهر أتم أحد عشر شهراً بالهلال إلا شهر شوال فإنه يتمه بالعدد لأنه لم يصم من أوله ، وإن ابتدأها من أثناء شهر أتم ذلك الشهر بالعدد والباقى بالهلال على ما ذكرنا .

والرواية الثانية . لا تلزمه متابعة وهو مذهب الشافعى ، لأن المتفرقة تسمى سنة ، فيتناولها نذره، فيلزمه إثنا عشر شهراً بالأهلة إن شاء ، وإن شاء صامها بالعدد . وإن ابتـدأ الشهر من أثنائه أتمه ثلاثين يوماً ، وإنما لزمه هاهنا اثنا عشر شهراً ، لأنه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان ولا الأيام التى لا يجوز صيامها ، فحمل نذره على ما ينعقد فيه النذر ، بخلاف ما إذا عيّن السنة ، وهذا كمن عيّن سلمة بالعقد فوجد بها عيباً لم يكن له إبدالها ، ولو وصفها ثم وجدها معيبة ملك إبدالها . ويتم شوال بالعدد ، لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن صام ذى الحجة من أوله قضى أربعة أيام تامًا كان أو ناقصاً ، لأنه بدأه من أوله . وقيل إن كان ناقصاً قضى خمسة ليكمله ثلاثين ، لأنه لم يصم الشهر كله ، فأشبه شوال . وإن شرط التتابع صار حكمها حكم المعينة .

---

(١) عن أبى سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يصلح الصيام فى يومين : يوم الفطر ويوم النحر» أخرجه البخارى ومسلم وهذا لفظه(ف) .

٨٢١٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ولم يسمِّه فمرض فى بعضه ، فإذا عوفى بنى وكفّر كفارة يمين ، وإن أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وكذلك المرأة إذا نذرت صيام شهر متتابع وحاضت فيه ﴾

وجملته : أن من نذر صياماً متتابعاً غير معين ثم أفطر فيه لم يخل من حالين :

أحدهما : أن يفطر لعذر من حيض أو مرض ونحوهما ، فهذا مخير بين أن يبتدىء الصوم ولا شىء عليه ، لأنه أتى بالمنذور على وجهه ، وبين أن يبنى على صيامه ويكفّر ، لأن الكفارة تلزم لتركه المنذور وإن كان عاجزاً ، بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أخت عقبة بن عامر بالكفارة لعجزها عن المشى ، ولأن النذر كاليمين . ولو حلف ليصومنّ متتابعاً ثم لم يأت به متتابعاً لزمته الكفارة . وإنما جوّز له البناء هاهنا لأن الفطر لعذر لا يقطع التتابع حكماً ، بدليل أنه لو أفطر فى صيام الشهرين المتتابعين من عذر كان له البناء ، فإن كان العذر يبيح الفطر كالسفر ، فهل يقطع التتابع ؟ ففيه وجهان :

أحدهما : يقطعه لأنه يفطر باختياره .

والثانى : لا يقطعه لأنه عذر فى فطر رمضان فأشبه المرض .

الثانى : أن يفطر لغير عذر ، فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه ، لأنه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع إمكان الإتيان به فلزمه فعله ، كما لو نذر صوماً معيناً فصام قبله ، وبهذا الفصل قال الشافعى إلا فى الكفارة فإنه لا يوجبها فى المنذور ، وقد ذكرنا دليل وجوبها .

٨٢١٣ (فصــــل)

إذا صام شهراً من أول الهلال أجزأه ناقصاً كان أو تاماً ، لأن ما بين الهلالين شهر ، ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون »[1] وإن بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوماً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن غُمّ عليكم فأكملوا ثلاثين »[2] فإن صام شوال لزمه إكماله ثلاثين لأنه بدأ من أثنائه ، وإن كان ناقصاً قضى يومين ، وإن كان تامًّا أتم يوماً واحداً ، وإن صام ذا الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق ولم ينقطع تتابعه ، كما لو أفطرت المرأة بحيض ، وعليه كفارة ، ويقضى أربعة أيام إن كان تامًّا ، وخمسة إن كان ناقصاً ، ويحتمل أن لا يلزمه إلا الأربعة وإن كان ناقصاً ، لأنه بدأه من أوله فيقضى المتروك منه لا غير . ولو صام شهراً من أول الهلال فمرض فيه أياماً معلومة ، أو حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه ، قضى ما أفطر منه بعدته إن كان الشهر تامًّا ،

---

(١) أخرجه مسلم عن ابن عمر (ف) (٢) أخرجه مسلم أيضاً عن ابن عمر (ف)

وإن كان ناقصاً فهل يلزمه الإتيان بيوم آخر ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا فى فطر العيد وأيام التشريق .

٨٢١٤ (فصـــــل)

ومن نذر صيام شهر فهو مخير بين أن يصوم شهراً بالهلال ، وهو أن يبتدئه من أوله فيجزئه ، وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوماً . وهل يلزمه التتابع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ، وهو قول أبي ثور ، لأن إطلاق الشهر يقتضى التتابع .

والثانى : لا يلزمه التتابع ، وهو قول الشافعى ومحمد بن الحسن ، لأن الشهر يقع على مابين الهلالين وعلى ثلاثين يوماً ، ولا خلاف أنه يجزئه ثلاثون يوماً ، فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوماً . فأما إن نذر صيام ثلاثين يوماً لم يلزمه التتابع فيها ، نص عليه أحمد .

وقد روى عن أحمد فيمن قال : لله علىّ صيام عشرة أيام يصومها متتابعة ، وهذا يدل على وجوب التتابع فى الأيام المنذورة .وحمل بعض أصحابنا كلام أحمد على من شرط التتابع أو نواه ، لأن لفظ العشرة لا يقتضى تتابعاً ، والنذر لا يقتضيه مالم يكن فى لفظه أو نيته .

وقال بعضهم : كلام أحمد على ظاهره، ويلزمه التتابع فى نذر العشرة دون الثلاثين ، لأن الثلاثين شهر ، فلو أراد التتابع لقال شهراً ، فعدوله إلى العدد دليل على إرادة التفريق بخلاف العشرة . والصحيح أنه يلزمه التتابع . فإن عدم ما يدل على التفريق ليس بدليل على إرادة التتابع ، فإن الله تعالى قال فى قضاء رمضان : (فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ)[1] ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ، ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق .

وقال بعض أصحابنا : إن نذر اعتكاف أيام لزمه التتابع ، ولا يلزمه مثل ذلك فى الصيام ، لأن الاعتكاف يتصل بعضه ببعض من غير فضل[2] ، والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ، ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل ، والصحيح التسوية ، لأن الواجب ما اقتضاه لفظه ، ولفظه لا يقتضى التتابع بدليل نذر الصوم ، وما ذكروه من العرف لا أثر له ، ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالى التى بين أيام الاعتكاف كما لو قال متتابعة .

٨٢١٥ (فصـــــل)

إذا نذر صيام أشهر متتابعة ، فابتدأها من أول شهر ، أجزأه صومها بالأهلة بلا خلاف ، وإن ابتدأها من أثناء شهر كمله بالعدد وباقى الأشهر بالأهلة ، وهذا قول مالك والشافعى وأحد الروايتين عن أبى حنيفة، والرواية الأخرى يكمل الجميع بالعدد ، وروى ذلك عن أحمد ، وقد تقدم توجيه الروايتين .

(١) سورة البقرة آية ١٨٤.

(٢) فى طبعة رشيد ج ١١ ص ٣٦٧ ، والفقى ج ٩ ص ٢٨ (فصل) بالصاد المهملة والصواب (فضل) بالضاد المعجمة (ف)

٨٢١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن نذر أن يصوم شهراً بعينه فأفطر يوماً بغير عذر ، ابتدأ شهراً وكفّر كفارة يمين ﴾ :

وجملته : أنه إذا نذر صوم شهر معين فأفطر فى أثنائه لم يخل من حالين :

أحدهما : أفطر لغير عذر ، ففيه روايتان :

إحداهما : يقطع صومه ويلزمه استئنافه ، لأنه صوم يجب متتابعاً بالنذر ، فأبطله الفطر لغير عذر ، كما لو شرط التتابع ، وفارق رمضان ، فإن تتابعه بالشرع لا بالنذر ، وها هنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوّتها ، فأشبه مالو شرطه متتابعاً .

الثانية : لا يلزمه الاستئناف إلا أن يكون قد شرط التتابع ، وهذا قول الشافعى ، لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط ، فلم يبطله الفطر فى أثنائه كشهر رمضان ، ولأن الاستئناف يجعل الصوم فى الوقت الذى لم يعينه والوفاء بنذره فى غير وقته ، وتفويت يوم واحد لا يوجب تفويت غيره من الأيام ، فعلى هذا يكفّر عن فطره ويقضى يوماً مكانه بعد إتمام صومه ، وهذا أقيس إن شاء الله تعالى . وعلى الرواية الأولى يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذى أفطر فيه ولا يجوز تأخيره ، لأن باقى الشهر منذور ولا يجوز ترك الصوم فيه ، وتلزمه كفارة أيضاً لإخلاله بصوم هذا اليوم الذى أفطره .

الحال الثانى : أفطر لعذر ، فإنه يبنى على ما مضى من صيامه ويقضى ويكفّر ، هذا قياس المذهب . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه لا كفارة عليه ، وهذا مذهب مالك والشافعى وأبى عبيد ، لأن المنذور محمول على المشروع ، ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شىء .

ولنا : أنه فات ما نذره فلزمته كفارة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة بن عامر «ولتكفر يمينها» وفارق رمضان ، فإنه لو أفطر لغير عذر لم تجب عليه كفارة إلا فى الجماع .

٨٢١٧ (فصل)

فإن جُنّ جميع الشهر المعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة . وقال أبو ثور : يلزمه القضاء ، لأنه من أهل التكليف حالة نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغمى عليه .

ولنا : أنه ليس من أهل التكليف فى وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء ، كما لو كان فى شهر رمضان . وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين فعليها القضاء ، وفى الكفارة وجهان . وقال الشافعى : لا كفارة عليها ، وفى القضاء وجهان :

أحدهما : لا يلزمها النذر ، لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه ولا يدخل فى النذر كزمن رمضان .

ولنـا : أن المنذور يحمل على المشروع ابتـــداء . ولو حاضت فى شهر رمضان لزمها القضاء وكذلك المنذور .

٨٢١٨ (فصـــــل)

ولو قال : لله علىّ الحج فى عامى هذا فلم يحج لعذر أو غيره ، فعليه القضاء والـكفارة ، ويحتمل ألا كفارة عليه إذا كان معذوراً . وقال الشافعى : إن تعذر عليه الحج لعدم أحد الشرائط السبعة ، أو منعه منه سلطان أو عدو فلا قضاء عليه ، وإن حدث به مرض أو أخطأ عدداً أو نسى أو توانى قضاه .

ولنـا : أنه فاته الحج المنذور فلزمه قضاؤه كما لو مرض ، ولأن المنذور محمول على المشروع ابتداء ، ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه ، كذلك المنذور .

٨٢١٩ (فصـــــل)

ولو نذر صوم شهر بعينه أو الحج فى عام بعينه ، وفعل ذلك قبله ، لم يجزئه . وقال أبو يوسف : يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه فى وقت فقضاه قبله .

ولنـا : أن المنذور محمول على المشروع ، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه ، فكذلك إذا صام المنذور قبله ، ولأنه لم يأت بالمنذور فى وقته فلم يجزئه ، كما لو لم يفعله أصلا .

٨٢٢٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتى به ، صام عنه ورثته من أقاربه ، وكذلك كل ما كان من نذر طاعة ﴾ .

يعنى من نذر حجاً أو صياماً أو صدقة أو عتقاً أو اعتـكافاً أو صلاة أو غيره من الطاعات ومات قبل فعله ، فعله الولى عنه ، وعن أحمد فى الصلاة لا يصلى عن الميت لأنها لا بدل لها بحال ، وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولى عنه فيها ، وليس بواجب عليه ، ولـكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف ، وأفتى بذلك ابن عباس فى امرأة نذرت أن تمشى إلى قبـــاء فماتت ولم تقضه أن تمشى ابنتها عنها .

وروى سعيد عن سفيان عن عبد الـكريم بن أبى أمية أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتـكاف ، قال : صم عنها واعتـكف عنها ، وقال حدثنا أبو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر عن عامر ابن شعيب أن عائشة اعتـكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات .

وقال مالك : لا يمشى أحد عن أحد ، ولا يصلى ولا يصوم عنه ، وكذلك سائر أعمال البدن قياساً على الصلاة .

وقال الشافعى : يقضى عنه الحج ولا يقضى الصلاة قولا واحداً ، ولا يقضى الصوم فى أحد القولين ، وَيُطْعَمُ عنه لـكل يوم مسكين ، لأن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من مات وعليه صيام شهر فليطعَم عنه مكان كل يوم مسكين » أخرجه ابن ماجة .

وقال أهل الظاهر : يجب القضاء على وليه بظاهر الأخبار الواردة فيه .

وجمهور أهل العلم على أن ذلك ليس بواجب على الولى ، إلا أن يكون حقاً فى المال ويكون للميت تركة ، وأمر النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرائن فى الخبر ، منها أن النبى صلى الله عليه وسلم شبهه بالدَّين ، وقضاء الدَّين على الميت لا يجب على الوارث ما لم يخلف تركة يقضى بها .

ومنها أن السائل سأل النبى صلى الله عليه وسلم هل يفعل ذلك أم لا ؟

وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله ، فإن كان مقتضاه السؤال عن الإباحة ، فالأمر فى جوابه يقتضى الإباحة ، وإن كان السؤال عن الإجزاء فأمره يقتضى الإجزاء ، كقولهم : أنصلّى فى مرابض الغنم ؟ قال « صلوا فى مرابض الغنم » وإن كان سؤالهم عن الوجوب ، فأمره يقتضى الوجوب ، كقولهم أنتوضأ من لحوم الإبل ؟ قال « توضئوا من لحوم الإبل » وسؤال السائل فى مسألتنا كان عن الإجزاء ، فأمرُ النبى صلى الله عليه وسلم بالفعل يقتضيه لا غير .

ولنا : على جواز الصيام عن الميت ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » .

وعن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن أمى ماتت وعليها صوم شهر ، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دَين أ كنت قاضية ؟ قال : نعم . قال : فدَين الله أحق أن يقضى » .

وفى رواية قال « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أمى ماتت وعليها صوم، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيتِ لو كان على أمكِ دَين فقضيتِه أ كان يؤدى ذلك عنها ؟ ـ قالت : نعم ، قال : فصومى عن أمك » متفق عليهن .

وعن ابن عباس أن سعد بن عبادة الأنصارى استفتى النبىَّ صلى الله عليه وسلم فى نذر كان على أمه فتوفيت قبل أن تقضيه ، فأفتاه أن يقضيه ، فكانت سُنّةً بعد .

وعنه أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن أختى نذرت أن تحج و إنها ماتت ، فقال النبى

صلى الله عليه وسلم « لو كان عليها دَين أ كنت قاضية ؟ قال نعم قال : فاقض اللهَ فهو أحق بالقضاء » رواهما البخارى .

وهذا صريح فى الصوم والحج ومطلق فى النذر ، وما عدا المذكور فى الحديث يقاس عليه . وحديث ابن عمر فى الصوم الواجب بأصل الشرع ، ويتعين حمله عليه جمعاً بين الحديثين .ولو قدر التعارض لكانت أحاديثنا أصح وأ كثر وأولى بالتقديم .

إذا ثبت هذا فإن الأوْلى أن يقضى النذر عنه وَارِثُه ، فإن قضاه غيره أجزأه عنه ، كما لو قضى عنه دَينه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم شبهه بالدَّين وقاسه عليه ، ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه ، وغيره مثله فى التبرع ، وإن كان النذر فى مال تعلق بتركته .

٨٢٢١ (فصــــل)

ومن نذر أن يطوف على أربع ، فعليه طوافان ، قال ذلك ابن عباس ، لما روى معاوية بن خديج الكندى أنه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه أمه كبشة بنت معديكرب عمة الأشعث بن قيس ، فقالت : يا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إنى آليت أن أطوف بالبيت حبواً ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « طوفى على رجليكِ سَبْعَيْنِ ، سبعاً عن يديك ، وسبعاً عن رجليك » أخرجه الدارقطنى بإسناده .

وقال ابن عباس فى امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع ، قال : تطوف عن يديها سبعاً وعن رجليها سبعاً ، رواه سعيد . والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه ولا يلزمه ذلك على يديه ، لأنه غير مشروع فيسقط ، كما أن أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تحج وتختمر .

وروى عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى سفر ، فحانت منه نظرة فإذا امرأة ناشرة شعرها فقال « مُروها فلتختمر »(١) ومرّ برجلين مقترنين فقال « أطلقا قرانكما »(٢) وقد ذكرنا حديث أبى إسرائيل الذى نذر أن يصوم ويفعل أشياء ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالصوم وحده ، ونهاه عن سائر نذوره . وهل تلزمه كفارة ؟ يخرج فيه وجهان بناء على ما تقدم . وقياس المذهب لزوم الكفارة لإخلاله بصفة نذره وإن كان غير مشروع ، كما لو كان أصل النذر غير مشروع .

---

(١) أخرجه البزار عن ابن عباس (ف) .

(٢) أخرجه أحمد فى مسنده ج ١١ ص٧ حديث ٦٧١٤ (ف) .

وأما وجه الأول : فلأن من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه ، فأقيم الطواف الثانى مقام طوافه على يديه .

٨٢٢٢ (فصـــــل)

فإن نذر صوم الدهر لزمه ، ولم يدخل فى نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق ، فإن أفطر لعذر أو غيره لم يقضه ، لأن الزمن مستغرق بالصوم المنذور ، ولكن تلزمه كفارة لتركه . وإن لزمه قضاء من رمضان أو كفارة قدّمه على النذر ، لأنه واجب بأصل الشرع ، فقدم على ما أوجبه على نفسه، كتقديم حجة الإسلام على المنذورة . فإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل أن لا يجب ، لأنه لا يمكن التكفير إلا بترك الصوم المنذور ، وتركه يوجب كفارة فيفضى ذلك إلى التسلسل وترك المنذور بالكلية ، ويحتمل أن تجب الكفارة ولا تجب بفعلها كفارة ، لأن ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة فلا يفضى إلى التسلسل .

٨٢٢٣ (فصـــل)

وصيغة النذر أن يقول : لله علىّ أن أفعل كذا . وإن قال:علىّ نذر كذا لزمه أيضاً ، لأنه صرح بلفظ النذر . وإن قال : إن شفانى الله فعلىّ صوم شهر ، كان نذراً ، وإن قال لله علىّ المشى إلى بيت الله ، قال ابن عمر فى الرجل يقول:علىّ المشى إلى الكعبة لله ، قال : هذا نذر فليمش . ونحوه عن القاسم بن محمد ويزيد ابن إبراهيم التيمى ومالك وجماعة من العلماء . واختلف فيه عن سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد ، فروى عنهما مثل قولهم . وروى عنهما فيمن قال : علىّ المشى إلى بيت الله فليس بشىء إلا أن يقول علىّ نذر مشى إلى بيت الله .

ولنا : أن لفظة علىّ للإيجاب على نفسه ، فإذا قال علىّ المشى إلى بيت الله فقد أوجبه على نفسه فلزمه ، كما لو قال : هو علىّ نذر ، والله أعلم .

كتاب القضـاء

الأصل فى القضاء ومشروعيته الـكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الـكتاب فقول الله تعالى : (يَادَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللهِ)(١) وقول الله تعالى (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ)(٢) وقوله (وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ)(٣) وقوله تعالى (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)(٤) .

وأما السنة : فما روى عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر » متفق عليه . فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة .

وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحـكم بين الناس .

٨٢٢٤ (فصــــل)

والقضاء من فروض الـكفايات ، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه ، فـكان واجباً عليهم كالجهاد والإمامة . قال أحمد : لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟

وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه ، ولذلك جعل الله فيه أجراً مع الخطأ ، وأسقط عنه حكم الخطأ ، ولأن فيه أمراً بالمعروف ، ونصرة المظلوم ، وأداء الحق إلى مستحقه ، ورداً للظالم عن ظلمه ، وإصلاحاً بين الناس ، وتخليصاً لبعضهم من بعض ، وذلك من أبواب القرَب ، ولذلك تولاه النبي صلى الله عليه وسلم والأنبياء قبله ، فـكانوا يحـكمون لأممهم ، وبعث علياً إلى اليمن قاضياً ، وبعث أيضاً معاذاً قاضياً .

وقد روى عن ابن مسعود أنه قال : لأن أجلس قاضياً بين اثنين أحب إلىّ من عبادة سبعين سنة .

وعن عقبة بن عامر قال : جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « اقض بينهما » قلت : أنت أولى بذلك ، قال « وإن كان » قلت : علام أقضى ؟ قال « اقض ، فإن أصبت فلك عشرة أجور ، وإن أخطأت فلك أجر واحد »(٥) رواه سعيد فى سننه .

---

(١) سورة ص آية ٢٦ (٢) سورة المائدة آية ٤٩

(٣) سورة النور آية ٤٨ (٤) سورة النساء آية ٦٥

(٥) ورواه أيضاً ابن عدى وابن عساكر كما فى منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٤ (ف) .

٨٢٢٥ (فصـــل)

وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه ، ولذلك كان السلف رحمة الله عليهم يمتنعون منه أشد الامتناع ، ويخشون على أنفسهم خطره .

قال خاقان بن عبد الله : أريد أبو قلابة على قضاء البصرة ، فهرب إلى اليمامة ، فأريد على قضائها، فهرب إلى الشام ، فأريد على قضائها وقيل : ليس هاهنا غيرك . قال : فأنزلوا الأمر على ما قلتم ، فإنما مثلي مثل سابح وقع في البحر فسبح يومه فانطلق ، ثم سبح اليوم الثاني فمضى أيضاً ، فلما كان اليوم الثالث فترت يداه. وكان يقال : أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة .

ولعظم خطره قال النبي صلى الله عليه وسلم « من جُعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » قال الترمذي : هذا حديث حسن وقيل في هذا الحديث إنه لم يخرج مخرج الذم للقضاء ، وإنما وصفه بالمشقة ، فكأن من وليه قد حمل على مشقة كمشقة الذبح .

٨٢٢٦ (فصـــل)

والناس في القضاء على ثلاثة أضرب : منهم من لا يجوز له الدخول فيه ، وهو من لا يحسنه ولم تجتمع فيه شروطه ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاة ثلاثة »[1] ذكر منهم رجلا قضى بين الناس بجهل فهو في النار ، ولأن من لا يحسنه لا يقدر على العدل فيه فيأخذ الحق من مستحقه فيدفعه إلى غيره .

ومنهم من يجوز له ولا يجب عليه ، وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله ، فله أن يلي القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لأنه لم يتعين له ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ، ولما ورد فيه من التشديد والذم[2] ولأن طريقة السلف الامتناع منه والتوقي . وقد أراد عثمان رضي الله عنه تولية ابن عمر القضاء فأباه . وقال أبو عبد الله

(١) تمام الحديث « القضاة ثلاثة :اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار،ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار » أخرجه أصحاب السنن الأربعة والحاكم عن بريدة (ف) .

(٢) من الأحاديث التي تخوف من تولي القضاء ما رواه أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين » أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم ،وما روته عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليأتين على القاضي العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في تمرة قط » أخرجه أحمد، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :«ما من حكم يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة وملك آخذ بقفاه حتى يقفه على جهنم ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل فإن قال الله ألقه ألقاه في مهوى فهوى أربعين خريفاً »أخرجه أحمد(ف)

ابن حامد : إن كان رجلا خاملا لا يرجع إليه فى الأحكام ولا يعرف فالأولى له توليه ليرجع إليه فى الأحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون ، وإن كان مشهوراً فى الناس بالعلم يرجع إليه فى تعليم العلم والفتوى ، فالأولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الأمن من الغرر ، ونحو هذا قال أصحاب الشافعى ، وقالوا أيضاً : إذا كان ذا حاجة وله فى القضاء رزق فالأولى له الاشتغال به فيكون أولى من سائر المكاسب لأنه قربة وطاعة.

وعلى كل حال فإنه يكره للإنسان طلبه والسعى فى تحصيله، لأن أنساً روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء ، وُكل إلى نفسه ، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم لعبدالرحمن بن سمرة « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وُكلت إليها ، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها » متفق عليه .

الثالث : من يجب عليه ، وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه ، فهذا يتعين عليه ، لأنه فرض كفاية لا يقدر على القيام به غيره ، فيتعين عليه كغسل الميت وتكفينه .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه ، فإنه سئل هل يأثم القاضى إذا لم يوجد غيره ؟ قال : لا يأثم ، فهذا يحتمل أنه يحمل على ظاهره فى أنه لا يجب عليه لما فيه من الخطر بنفسه ، فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابة منه وقد قيل له ليس غيرك. ويحتمل أن يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره ، فإن أحمد قال : لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟

٨٢٢٧ (فصـــــل)

ويجوز للقاضى أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعى وأكثر أهل العلم . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً ، ورزق شريحاً فى كل شهر مائة درهم، وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة ، نصفها لعمار ، ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم . وكتب إلى معاذ بن جبل وأبى عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالا من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله .

وقال أبو الخطاب : يجوزله أخذ الرزق مع الحاجة ، فأما مع عدمها فعلى وجهين . وقال أحمد : مايعجبنى أن يأخذ على القضاء أجراً ، وإن كان فبقدر شغله مثل وَالِي اليتيم .

وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء .

وكان مسروق وعبدالرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً ، وقالا : لا نأخذ أجراً على أن تعدل بين اثنين .

وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن متعيناً جاز له أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة .

والصحيح : جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ، لأن أبا بكر رضي الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة ، ولأن بالناس حاجة إليه . ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق .

فأما الاستئجار عليه فلا يجوز. قال عمر رضي الله عنه: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأنه قربة يختص فاعله أن يكون في أهـل القربة فأشبه الصلاة ، ولأنه لا يعمله الإنسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة ، ولأنه عمل غير معلوم . فإن لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين لا أقضي بينـكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه جاز ، ويحتمل أن لا يجوز .

٨٢٢٨ (فصـــــــل)

وإذا كان الإمام في بلد فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده ، فإن النبي صلى الله عليه وسـلم بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن أيضاً وقال له « بِمَ تحـكم؟ قال : بكتاب الله تعالى ، قال : فإن لم تجد؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيي . قال : الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم لما يرضي رسولَ الله صلى الله عليه وسلم »[1] وبعث عمرُ شريحاً على قضاء الـكوفة ، وكعبَ بن سوار على قضاء البصرة ، وكتب إلى أبي عبيدة ومعاذ يأمرهما بتولية القضاء في الشام ، لأن أهل كل بلد يحتاجون إلى القاضي ولا يمكنهم المصير إلى بلد الإمام ، ومن أمكنه ذلك شق عليه ، فوجب إغناؤهم عنه .

٨٢٢٩ (فصـــــــل)

وإذا أراد الإمام تولية قاض ، فإن كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولاه ، وإن لم يعرف ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشدهم على من يصلح ، وإن ذكر له رجـل لا يعرفه أحضره وسأله ، وإن عرف عدالته وإلا بحث عن عدالته فإذا عرفها ولاه ، ويكتب له عهداً يأمره فيه بتقوى الله ، والتثبت في القضاء ، ومشاورة أهل العلم ، وتصفح أحوال الشهود ، وتأمل الشهادات ، وتعاهد اليتامى وحفظ أموالهم وأموال الوقوف ، وغير ذلك مما يحتاج إلى مراعاته .

ثم إن كان البلد الذي ولاه قضاءه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام ، أحضر شاهدين عدلين ، وقرأ عليهما العهد ، أو أقرأه غيره بحضرته ، وأشهدهما على توليته ليمضيا معه إلى بلد ولايته فيقيما له الشهادة ، ويقول لهما اشهدا على أني قد وليته قضاء البلد الفلاني ، وتقدمت إليه بما اشتمل هذا العهد عليه.

---

(١) أخرجه أبو داود والترمذي عن معاذ (ف)

وإن كان البلد قريباً من بلد الإمام ، يستفيض إليه ما يجرى فى بلد الإمام ، مثل أن يكون بينهما خمسة أيام أو مادونها ، جاز أن يكتفى بالاستفاضة دون الشهادة ، لأن الولاية تثبت بالاستفاضة ، وبهـذا قال الشافعى، إلا أن عنده فى ثبوت الولاية بالاستفاضة فى البلد القريب وجهين ، وقال أصحاب أبى حنيفة : تثبت باستفاضة ، ولم يفصلوا بين القريب والبعيد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ولّى علياً ومعاذاً قضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة ، وولى الولاة فى البلدان البعيدة وفوّض إليهم الولاية والقضاء ولم يشهد ، وكذلك خلفاؤه ، ولم ينقل منهم الإشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم .

ولنا : أن القضاء لا يثبت إلا بأحد الأمرين ، وقد تعذرت الاستفاضة فى البلد البعيد لعدم وصولها إليه فتعين الإشهاد ، ولا نسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يشهد على توليته ، فإن الظاهر أنه لم يبعث والياً إلا ومعه جماعة ، فالظاهر أنه أشهدهم ، وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله ، وقد قام دليله فتعين وجوده .

٨٢٣٠ (مسألة)

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى ﴿ ولا يولى قاض حتى يكون بالغًا ، عاقلا ، مسلماً ، حرًّا ، عدلا ، عالمًا ، فقيهاً ، ورعاً ﴾ .

وجملته:أنه يشترط فى القاضى ثلاثة شروط: أحدها : الكمال ، وهو نوعان: كمال الأحكام وكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فيعتبر فى أربعة أشياء : أن يكون بالغاً ، عاقلا ، حراً ، ذكراً ، وحكى عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورية ، لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية . وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية فى غير الحدود ، لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة »[1] ولأن القاضى يحضره محافل الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه إلى كمال الرأى وتمام العقل والفطنة ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأى ، ليست أهلا للحضور فى محافل الرجال ، ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجل ، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى[2]) ولا تصلح للإمامة العظمى ولا لتولية البلدان ، ولهذا لم يول النبى صلى الله عليه وسلم ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً .

وأما كمال الخلقة فأن يكون متكلماً سميعاً بصيراً ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته . والأصم لا يسمع قول الخصمين . والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ،

(١) أخرجه أحمد والبخارى والترمذى والنسائى عن أبى بكرة بلفظ «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» (ف)

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

والشاهد من المشهود له . وقال بعض أصحاب الشافعى : يجوز أن يكون أعمى لأن شعيباً كان أعمى ، ولهم فى الأخرس الذى تفهم إشارته وجهان .

ولنا : أن هذه الحواس تؤثر فى الشهادة ، فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع ، وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء ، والشاهد يشهد فى أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها ، وربما أحاط بحقيقة علمها ، والقاضى ولايته عامة ويحكم فى قضايا الناس عامة ، فإذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى . وما ذكروه عن شعيب فلا نسلم فيه ، فإنه لم يثبت أنه كان أعمى ، ولو ثبت فيه ذلك فلا يلزم ها هنا ، فإن شعيباً عليه السلام كان من آمن معه من الناس قليلا ، وربما لا يحتاجون إلى الحكم بينهم لقلتهم وتناصفهم فلا يكون حجة فى مسألتنا .

الشرط الثانى : العدالة ، فلا يجوز تولية فاسق . ولا من فيه نقص يمنع الشهادة . وسنذكر ذلك فى الشهادة إن شاء الله تعالى . وحكى عن الأصم أنه قال : يجوز أن يكون القاضى فاسقاً ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « سيكون بعدى أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها ، فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سُبْحة »[1] .

ولنا : قول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا)[2] فأمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فلئلا يكون قاضياً أولى. فأما الخبر فأخبر بوقوع كونهم أمراء لا بمشروعيته، والنزاع فى صحة توليته لا فى وجودها .

الشرط الثالث : أن يكون من أهل الاجتهاد ، وبهذا قال مالك والشافعى وبعض الحنفية . وقال بعضهم : يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد ، لأن الغرض منه فصل الخصائم ، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين .

ولنا : قول الله تعالى : (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ)[3] ولم يقل بالتقليد . وقال : (لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ)[4] وقال : (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ)[5] .

---

(١) أخرجه أحمد والبزار والطبرانى فى الأوسط عن شداد بن أوس وفيه راشد بن داود ضعفه الدارقطنى ووثقه ابن معين . اهـ مجمع الزوائد ج ١ ص ٣٢٥ ومعنى سبحة بضم السين وسكون الباء : نافلة . (ف)

(٢) سورة الحجرات آية ٦ (٣) سورة المائدة آية ٤٩ (٤) سورة النساء آية ١٠٥ (٥) سورة النساء آية ٥٩

وروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة : رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ، ورجل جار في الحكم فهو في النار » رواه ابن ماجة .

والعامى يقضى على جهل ، ولأن الحكم آكد من الفتيا ، لأنه فتيا وإلزام . ثم المفتى لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً ، فالحكم أولى .

فإن قيل : فالمفتى يجوز أن يخبر بما سمع .

قلنا : نعم إلا أنه لا يكون مفتياً في تلك الحال ، وإنما هو مخبر فيحتاج أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه ، ويخالف قول المقومين ، لأن ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم .

إذا ثبت هذا : فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والاختلاف ، والقياس ، ولسان العرب .

أما الكتاب : فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء : الخاص ، والعام ، والمطلق ، والمقيد ، والمحكم ، والمتشابه ، والمجمل ، والمفسر ، والناسخ ، والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام وذلك نحو خمسمائة . ولا يلزمه معرفة سائر القرآن .

فأما السنة : فيحتاج إلى معرفة ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار من ذكر الجنة والنار والرقائق . ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب ويزيد معرفة التواتر ، والآحاد ، والمرسل ، والمتصل ، والمسند ، والمنقطع ، والصحيح ، والضعيف ، ويحتاج إلى معرفة ما أجمع عليه وما اختلف فيه ، ومعرفة القياس وشروطه وأنواعه ، وكيفية استنباطه الأحكام .

ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكرنا ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة ، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا ، والحكم في معناه .

فإن قيل : هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟

قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتا رسول الله صلى الله عليه وسلم ووزيراه وخير الناس بعده في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة يسألان الناس فيخبران .

فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة، فقال مالك في كتاب الله شيء، ولا أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً ، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، ثم قام فقال أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله صلى الله عليه في الجدة ، فقام المغيرة بن شعبة فقال : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس[1] .

وسأل عمر عن إملاص المرأة ، فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة[2].

ولا يشترط معرفة المسائل التى فرّعها المجتهدون فى كتبهم ، فإن هذه فروع فرّعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد ، فلا تكون شرطاً له وهو سابق عليها . وليس من شرط الاجتهاد فى مسألة أن يكون مجتهداً فى كل المسائل ، بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وإن جهل غيرها ، كمن يعرف الفرائض وأصولها ، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف فى مسائل .

وقيل : من يجيب فى كل مسألة فهو مجنون . وإذا ترك العالم « لا أدرى » أصيبت مقاتله .

وحكى أن مالكاً سئل عن أربعين مسألة فقال فى ست وثلاثين منها : لا أدرى ، ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهداً . وإنما المعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدون فى فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً ، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه والله أعلم .

٨٢٣١ (فصـــل)

ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل : يشترط ذلك لعلم مايكتبه كاتبه ولا يتمكن من إخفائه عنه.

ولنا : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أمّيًّا وهو سيد الحكام ، وليس من ضرورة الحاكم الكتابة فلا تعتبر شروطها ، وإن احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفه ، كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس ، وليس من شرطه معرفة المساحة ، ويحتاج إلى التقويم ، وليس من شرط القضاء أن يكون عالماً بقيمة الأشياء ، ولا معرفته بعيوب كل شيء .

٨٢٣٢ (فصـــل)

وينبغى أن يكون الحاكم قويا من غير عنف ، ليِّناً من غير ضعف ، لا يطمع القوى فى باطله ، ولا ييأس

(١) أخرجه مالك وأحمد والأربعة من حديث المغيرة ومحمد بن مسلمة وصححه ابن حبان والحاكم . الدراية ج ٢ ص ٢٩٧ (ف)

(٢) أخرجه البخارى ومسلم عن المغيرة بن شعبة . والإملاص فسره البخارى فى الاعتصام بأن تضرب المرأة فى بطنها فتلقى جنينها (ف) .

الضعيف من عدله ، ويكون حليماً متأنياً ، ذا فطنة وتيقظ ، لا يؤتى من غفلة ، ولا يخدع لغرة ، صحيح السمع والبصر ، عالماً بلغات أهل ولايته ، عفيفاً ورعاً نزهاً بعيداً عن الطمع ، صدوق اللهجة ، ذا رأى ومشورة ، لكلامه لين إذا قرب ، وهيبة إذا أوعد ، ووفاء إذا وعد ، ولا يكون جباراً ولا عسوفاً فيقطع ذا الحجة عن حجته . قال عليّ رضى الله عنه : لا ينبغى أن يكون القاضى قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال : عفيف ، حليم ، عالم بما كان قبله ، يستشير ذوى الألباب ، لا يخاف فى الله لومة لائم .

وعن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه قال : ينبغى للقاضى أن تجتمع فيه سبع خلال ، إن فاتته واحدة كانت فيه وصمة : العقل ، والفقه ، والورع ، والنزاهة ، والصرامة ، والعلم بالسنن ، والحكم . ورواه سعيد وفيه : يكون فهماً ، حليماً ، عفيفاً ، صلباً ، سألاً عما لا يعلم ، وفى رواية : محتملا للأئمة ، ولا يكون ضعيفاً مهيناً ، لأن ذلك يبسط المتخاصمين إلى التهاتر والتشاتم بين يديه . قال عمر رضى الله عنه : لأعزلن فلاناً عن القضاء ولأستعملن رجلا إذا رآه الفاجر فرقه .

٨٢٣٣ (فصـــــل)

وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ويصيح عليه ، وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس ، وإن افتات عليه بأن يقول : حكمت عليّ بغير الحق أو ارتشيت ، فله تأديبه ، وله أن يعفو . وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال : البينة على خصمك ، فإن عاد نهره ، فإن عاد عزره إن رأى ، وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب ، فله مقابلة فاعله وله العفو .

٨٢٣٤ (فصـــــل)

وإن ولّى الإمام رجلا القضاء ، فإن كانت ولايته فى غير بلده فأراد السير إلى بلاد ولايته ، بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ، ويتعرف منه ما يحتاج إلى معرفته ، فإن لم يجد سأل فى طريقه ، فإن لم يجد سأل إذا دخل البلد عن أهله ومن به من العلماء والفضلاء وأهل العدالة والسير وسائر ما يحتاج إلى معرفته ، وإذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدومه ليتلقوه ويجعل قدومه يوم الخميس إن أمكنه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا قدم من سفر قدم يوم الخميس . ثم يقصد الجامع فيصلى فيه ركعتين ، كما كان النبى صلى الله عليه وسلم يفعل إذا دخل المدينة ، ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة ، وأن يجعل عمله صالحاً ، ويجعله لوجهه خالصاً ، ولا يجعل لأحد فيه شيئاً ، ويفوّض أمره إلى الله تعالى ويتوكل عليه ، ويأمر مناديه فينادى فى البلد أن فلاناً قدم عليكم قاضياً فاجتمعوا لقراءة عهده وقت كذا وكذا ، وينصرف إلى منزله الذى قد أعد له ، وينبغى أن يكون فى وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده ، فإذا اجتمعوا أمر بعهده فقرىء عليهم ليعلموا التولية ويأتوا إليه ، ويَعِد الناسَ يوماً يجلس فيه للقضاء ، ثم ينصرف إلى منزله .

وأول ما يبدأ فيه من أمر الحكم أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم ، وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر ، وهى نسخ ما ثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ما حكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة فى ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية . فإذا انتقلت الولاية إلى غيره كان عليه تسليمها إليه فتكون مودعة عنده فى ديوانه . ثم يخرج فى اليوم الذى وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه على أكمل حالة وأعدلها ، خلياً من الغضب ، والجوع الشديد والعطش ، والفرح الشديد ، والحزن الكثير ، والهمّ العظيم ، والوجع المؤلم ، ومدافعة الأخبثين أو أحدهما ، والنعاس الذى يغمر القلب ، ليكون أجمع لقلبه وأحضر لذهنه ، وأبلغ فى تيقظه للصواب ، وفطنته لموضع الرأى . ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يقضى القاضى بين اثنين وهو غضبان »[1] ، فنص على الغضب ونبه على ما فى معناه من سائر ما ذكرناه . ويسلم على من يمر به من المسلمين فى طريقه ، ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتى مجلسه ، ويستحب أن يجعله فى موضع بارز للناس فسيح كالرحبة والفضاء الواسع أو الجامع ، ولا يكره القضاء فى المساجد ، فعل ذلك شريح والحسن والشعبى ومحارب بن دثار ويحيى بن يعمر وابن أبى ليلى وابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز رضى الله عنه . وروى عن عمر وعثمان وعلىّ أنهم كانوا يقضون فى المسجد .

وقال مالك : القضاء فى المسجد من أمر الناس القديم ، وبه قال مالك وإسحاق وابن المنذر . وقال الشافعى : يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده فى المسجد ،لما روى أن عمر كتب إلى القاسم بن عبدالرحمن أن لا تقضى فى المسجد ، لأنه تأتيك الحائض والجنب ، ولأن الحاكم يأتيه الذمى والحائض والجنب وتكثر غاشيته ، ويجرى بينهم اللغط والتكاذب والتجاحد ، وربما أدى إلى السب وما لم تُبن له المساجد .

ولنا : إجماع الصحابة بما قد رويناه عنهم . وقال الشعبى : رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضى بين الناس . وقال مالك : هو من أمر الناس القديم . ولأن القضاء قربة وطاعة وإنصاف بين الناس فلم يكره فى المسجد ، ولا نعلم صحة ما رووه عن عمر ، وقد روى عنه خلافه . وأما الحائض فإن عرضت لها حاجة إلى القضاء وكلت أو أتته فى منزله . والجنب يغتسل ويدخل ، والذمى يجوز دخوله بإذن مسلم .

وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يجلس فى مسجده مع حاجة الناس إليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم . وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق فى المسجد ، وربما رفعوا أصواتهم . فقد روى عن كعب[2] بن مالك أنه قال: تقاضيت ابن أبى حدرد دَيناً فى المسجد حتى ارتفعت أصواتنا ، فخرج النبى صلى الله عليه وسلم فأشار إلىّ أن ضع من دَينك الشطر ، فقلت : نعم يا رسول الله ، قال : « فقم فاقضه » .

(١) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود وابن ماجة عن أبى بكرة (ف) .

(٢) أخرجه مسلم عن كعب ج ٣ ص ١١٩٢ وأخرجه البخارى وأبو داود والنسائى وابن ماجة (ف) .

وينبغى أن يكون جلوسه فى وسط البلد لئلا يبعد على قاصديه ، ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول إليه ، لما روى القاسم بن مخيمرة عن أبى مريم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من ولى من أمور الناس شيئاً واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره » رواه الترمذى . ولأن حاجبه ربما قدّم المتأخر وأخّر المتقدم لغرض له ، وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم . ولا بأس باتخاذ حاجب فى غير مجلس القضاء ، ويبسط له شىء ، ولا يجلس على التراب ولا على حصير المسجد ، لأن ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ، ويجعل جلوسه مستقبل القبلة لأن خير المجالس ما استقبل به القبلة . وهذه الآداب المذكورة فى هذا الفصل ليست شرطاً فى الحكم إلا الخلو من الغضب وما فى معناه ، فإن فى اشتراطه روايتين .

٨٢٣٥ ﴿ فصل ﴾

وإذا جلس الحاكم فى مجلسه فأول ما ينظر فيه أمر المحبوسين ، لأن الحبس عذاب ، وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه ، فينفذ إلى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيم حبس ؟ ولمن حبس ؟ فيحمله إليه فيأمر منادياً ينادى فى البلد ثلاثة أيام : ألا إن القاضى فلان بن فلان ينظر فى أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر ، فإذا حضر ذلك اليوم وحضر الناس ترك الرقاع التى فيها اسم المحبوسين بين يديه ومد يده إليها فما وقع فى يده منها نظر إلى اسم المحبوس وقال : من خصم فلان المحبوس ؟ فاذا قال خصمه : أنا ، بعث معه ثقة إلى الحبس فأخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك فى قدر مايعلم أنه يتسع زمانه للنظر فيه فى ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم ، فاذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه : لم حبسته ؟ لأن الظاهر أن الحاكم إنما حبسه بحق ، لكن يسأل المحبوس : بِمَ حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة أقسام :

أحدها : أن يقول : حبسنى بحق له حال أنا مليء به ، فيقول له الحاكم : اقضه وإلا رددتك فى الحبس .

الثانى : أن يقول له: علىّ دَين أنا معسر به ، فيسأل خصمه فإن صدقه فَـلّسَهُ الحاكم وأطلقه . وإن كذبه نظر فى سبب الدّين ، فإن كان شيئاً حصل له به مال كقرض أو شراء لم يقبل قوله فى الإعسار إلا ببينة بأن ماله تلف أو نفد ، أو ببينة أنه معسر ، فيزول الأصل الذى ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال. وإن لم يثبت له أصل مال ولم تكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه أنه معسر ، لأن الأصل الإعسار ، وإن شهدت لخصمه بينة بأن له مالاً لم تقبل حتى تعين ذلك المال بما يتميز به ، فإن شهدت عليه البينة بدار معينة أو غيرها وصدقها فلا كلام ، وإن كذبها وقال ليس هذا لى وإنما هو فى يدى لغيرى لم يقبل

إلا أن يقرّ به إلى واحد بعينه . فإن كان الذى أقرّ له به حاضراً نظرت ، فإن كذبه فى إقراره سقط وقضى من المال دَينه ، وإن صدقه نظرت ، فإن كان له به بينة فهو أولى ، لأن له بينة وصاحب اليد يقر له به ، وإن لم تكن له بينة فذكر القاضى أنه لا يقبل قولهما ويقضى الدَّين منه ، لأن البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه . فإذا لم تقبل شهادتها فى حق نفسه قبلت فيما تضمنته ، لأنه حق لغيره ولأنه متهم فى إقراره لغيره ، لأنه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود إليه فتلحقه تهمة فلم تبطل البينة بقوله . وفيه وجه آخر يثبت الإقرار وتسقط البينة لأنها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره .

الجواب الثالث : أن يقول : حبسنى لأن البينة شهدت علىّ لخصمى بحق ليبحث عن حال الشهود ، فهذا ينبنى على أصل ، وهو أن الحاكم هل له ذلك أو لا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك ، لأن الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه ، فعلى هذا لا يرده إلى الحبس إن صدقه خصمه فى هذا .

والثانى : يجوز حبسه، لأن المدعى قد أقام ما عليه ، وإنما بقى ما على الحاكم من البحث. ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، فعلى هذا الوجه يرده إلى الحبس حتى يكشف عن حال شهوده ، وإن كذبه خصمه وقال : بل قد عرف الحاكم عدالة شهودى وحكم عليه بالحق فالقول قوله ، لأن الظاهر أن حبسه بحق .

الجواب الرابع : يقول : حبسنى الحاكم بثمن كلب ، أو قيمة خمر أرقته لذمى ، لأنه كان يرى ذلك ، فإن صدقه خصمه فذكر القاضى أنه يطلقه، لأن غرم هذا ليس بواجب ، وفيه وجه آخر أن الحاكم ينفذ حكم الحاكم الأول لأنه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده ، وفيه وجه آخر أنه يتوقف ويجتهد أن يصطلحا على شىء، لأنه لا يمكنه فعل أحد الأمرين المتقدمين . وللشافعى قولان كهذين الوجهين الأخيرين . وإن كذبه خصمه وقال : بل حبست بحق واجب غير هذا فالقول قوله ، لأن الظاهر حبسه بحق .

الجواب الخامس : أن يقول : حبست ظلماً ولا حق علىّ ، فينادى منادى الحاكم بذكر ما قاله ، فإن حضر رجل فقال : أنا خصمه فأنكره وكانت للمدعى بينة ، كلف الجواب على ما مضى ، وإن لم تكن له بينة ، أو لم يظهر له خصم ، فالقول قوله مع يمينه أنه لا خصم له ، أو لا حق عليه ، ويخلى سبيله .

٨٢٣٦ ﴿ فصل ﴾

ثم ينظر فى أمر الأوصياء ، لأنهم يكونون ناظرين فى أموال اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصدهم الحاكم بالنظر ، لأن المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه ، فإن الصغير والمجنون لا قول لهما ، والمساكين لا يتعين الأخذ منهم ، فإذا قدم إليه الوصى ، فإن كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله ، لأن الحاكم ما نفذ

وصيته إلا وقد عرف أهليته فى الظاهر ولـكن يراعيه ، فان تغيرت حاله بفسق أو ضعف أضاف إليه أميناً قوياً يعينه ، وإن كان الأول مانفذ وصيته نظر فيه ، فإن كان أميناً قوياً أقره ، وإن كان أميناً ضعيفاً ضم إليه من يعينه ، وإن كان فاسقاً عزله وأقام غيره . وعلى قول الخرقى يضم إليه أمـين ينظر عليه ، وإن كان قد تصرف أوفرق الوصية وهو أهل للوصية نفذ تصرفه ، وإن كان ليس بأهل وكان أهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع إليهم ، لأنهم قبضوا حقوقهم ، وإن كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان :

أحدهما : عليه الضمان ، ذكره القاضى وأصحاب الشافعى ، لأنه ليس له التصرف .

والثانى : لا ضمان عليه ، لأنه أوصله إلى أهله ، وكذلك إن فرق الوصية غير الموصى إليه بتفريقها فعلى وجهين .

٨٢٣٧ (فصـــل)

ثم ينظر فى أمناء الحاكم ، وهم من رد إليهم الحاكم النظر فى أمر الأطفال وتفرقة الوصايا التى لم يعين لها وصى ، فإن كانوا بحالهم أقرهم ، لأن الذى قبله ولاهم ، ومن تغير حاله منهم عزله إن فسق ، وإن ضعف ضم إليه أميناً.

٨٢٣٨ (فصـــل)

ثم ينظر فى أمر الضوال والاقطة التى تولى الحاكم حفظها ، فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان ، أوفى حفظه مؤنة كالأموال الجافية ، باعها وحفظ ثمنها لأربابها ، وإن لم تـكن كذلك كالأثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرف .

٨٢٣٩ (مســألة)

قال ﴿ ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان ﴾

لاخلاف بين أهل العلم فيما علمناه فى أن القاضى لا ينبغى له أن يقضى وهو غضبان ، كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وأبو حنيفة والشافعى . وكتب أبو بكرة إلى عبد الله بن أبى بكرة وهو قاض بسجستان : أن لا تحـكم بين اثنين وأنت غضبان ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان » متفق عليه .

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى : إياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنـكر لهم عند الخصومة ، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه . ولأنه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفـكره .

وفى معنى الغضب : كل ماشغل فكره من الجوع المفرط ، والعطش الشديد ، والوجع المزعج ، ومدافعة أحد الأخبثين ، وشدة النعاس ، والهمّ والغم والحزن والفرح ، فهذه كلها تمنع الحاكم ، لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذى يتوصل به إلى إصابة الحق فى الغالب ، فهى فى معنى الغضب المنصوص عليه فتجرى مجراه . فإن حكم فى الغضب أو ما شاكله فحكى عن القاضى أنه لا ينفذ قضاؤه لأنه منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . وقال فى المجرد : ينفذ قضاؤه ، وهو مذهب الشافعى ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار فى شِرَاج[1] الحَرَّةِ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للزبير : اسْقِ ثم أرسِلِ الماء إلى جارِكَ . فقالَ الأنصارى : أنْ كانَ[2] ابن عَمَّتِكَ ؟ فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال للزبير : اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجَدْرَ[3] » متفق عليه . فحكم فى حال غضبه . وقيل : إنما يمنع الغضب الحاكم إذا كان قبل أن يتضح له الحكم فى المسألة ، فأما إن اتضح الحكم ثم عرض الغضب لم يمنعه ، لأن الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه .

٨٢٤٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله شاور فيه أهل العلم والأمانة ﴾ .

وجملته : أن الحاكم إذا حضرته قضية ، تبين له حكمها فى كتاب الله تعالى ، أو سنة رسوله ، أو إجماع ، أو قياس جلى ، حكم ولم يحتج إلى رأى غيره ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « بِمَ تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى ، ولا آلو . قال : الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسولَ الله صلى الله عليه وسلم » .

فإن احتاج إلى الاجتهاد استحب له أن يشاور ، لقول الله تعالى (وشاورهم فِى الأمرِ)[4] قال الحسن « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لغنيّاً عن مشاورتهم ، وإنما أراد أن يستن

---

(١) شراج الحرة : هى مسايل الماء ،واحدها شرجة، والحرة هى الأرض الملبسة فيها حجارة سود (ف)

(٢) (أن) بفتح الهمزة وسكون النون : أى فعلت هذا لكونه ابن عمتك (ف)

(٣) الجدر بفتح الجيم وكسرها وهو الجدار ، والمراد بالجدر أصل الحائط . وقيل : أصول الشجر ، ومعنى يرجع إلى الجدر : يصير إليه (ف)

(٤) سورة آل عمران آية ١٥٩

بذلك الحكام بعده »[1] وقد شاور النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه فى أسارى بدر[2] ، وفى مصالحة الكفار يوم الخندق[3] ، وفى لقاء الكفار يوم بدر .

وروى « ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم »[4] .

وشاور أبو بكر الناس فى ميراث الجدة ، وعمر فى دية الجنين ، وشاور الصحابة فى حد الخمر .

وروى « أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عثمان وعلى وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف إذا نزل به الأمر شاورهم فيه » ولا مخالف فى استحباب ذلك .

قال أحمد : لما ولى سعد بن إبراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما .

وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما .

ماأحسن هذا لو كان الحكام يفعلونه يشاورون وينتظرون ، ولأنه قد ينتبه بالمشاورة ويتذكر مانسيه بالمذاكرة ، ولأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة ، وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضى، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ؟ فقد روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه جاءته الجدتان فورث أم الأم وأسقط أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن سهل : ياخليفة رسول الله لقد أسقطت التى لو ماتت ورثها ، وورثت التى لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما[5] .

وروى عمر بن شبة عن الشعبى أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر ، فجاءته امرأة فقالت : ياأمير المؤمنين مارأيت رجلا قط أفضل من زوجى ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ويظل نهاره صائماً فى اليوم الحار مايفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها وقال:مثلك أثنى الخير ، قال:واستحيت المرأة فقامت راجعة . فقال كعب: ياأمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ قال : وما شكت ؟ قال : شكت زوجها أشد الشكاية . قال : أو ذاك أرادت ؟ قال : نعم . قال : ردوا على المرأة ، فقال :لابأس بالحق أن تقوليه،إن هذازعم أنك جئت

---

(١) أخرجه البيهقى عن الحسن ، وأخرج البيهقى فى الشعب بسند حسن عن ابن عباس قال : لما نزلت (وشاورهم فى الأمر) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أما إن الله ورسوله لغنيان عنها ولكن جعلها الله رحمة لأمتى فمن استشار منهم لم يعدم رشداً ومن تركها لم يعدم غياً » ف

(٢) فأشار أبو بكر بأخذ الفداء منهم ،وأشار عمر بضرب أعناقهم كما هو مشهور (ف) .

(٣) استشار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فى أن يشاطر الحارث الغطفانى أهل المدينة فى تمرهم فأبيا . والقصة رواها البزار والطبرانى عن أبى هريرة (ف) .

(٤) أخرجه أحمد والشافعى عن أبى هريرة (ف)

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ ج ١ ص ٣٣٥ وفيه « فقال له رجل من الأنصار :أما إنك تترك التى لوماتت وهو حى كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما »(ف)

تشكين زوجك أنه يجتنب فراشك ، قالت : أجل إنى امرأة شابة وإنى لأبتغى ما يبتغى النساء ، فأرسل إلى زوجها فجاء ، فقال لكعب : اقض بينهما ، قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضى بينهما ، قال : عزمت عليك لتقضين بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال: فإنى أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هى رابعتهن فأقضى له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب إلىّ من الآخر ، اذهب فأنت قاض على البصرة .

إذا ثبت هذا : فإنه يشاور أهل العلم والأمانة . لأن من ليس كذلك فلا قول له فى الحادثة ولا يسكن إلى قوله .

قال سفيان : وليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الأمانة ، ويشاور الموافقين والمخالفين ، ويسألهم عن حججهم ليبين له الحق .

٨٢٤١ (فصــــل)

والمشاورة هاهنا لاستخراج الأدلة ، ويعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يقلد غيره ويحكم بقول سواه ، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شىء ، وسواء ضاق الوقت أو لم يضق ، وكذلك ليس للمفتى الفتيا بالتقليد ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأى من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد ، ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد .

ولنا : أنه من أهل الاجتهاد فلم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالمجتهدين فى القبلة ، وما ذكره ليس بصحيح ، فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقد أن ماقاله خطأ لم يجز له أن يعمل به ، وإن كان لم يَبِنْ له الحق فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

٨٢٤٢ (فصــل)

قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكم باجتهاده فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ، لأن فيه افتياتاً عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً .

٨٢٤٣ (فصــل)

وينبغى له أن يحضر شهوده مجلسه ، ليستوفى بهم الحقوق ، وتثبت بهم الحجج والمحاضر فإن كان ممن

يحكم بعلمه فإن شاء أدناهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا به .

٨٢٤٤ (فصـــل)

وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها لَبْسٌ أمرهما بالصلح ، فإن أبيا أخرهما إلى البيان ، فإن عجلها قبل البيان لم يصلح حكمه .

وممن رأى الإصلاح بين الخصمين : شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشعبي والعنبرى ، وروى عن عمر أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن .

قال أبو عبيد : إنما يسعه الصلح فى الأمور المشكلة . أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين ، وتبين له موضع الظالم فليس له أن يحملهما على الصلح . ونحوه قول عطاء ، واستحسنه ابن المنذر . وروى عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة .

٨٢٤٥ (فصـــل)

وإذا حدثت حادثة نظر فى كتاب الله ، فإن وجدها وإلا نظر فى سنة رسوله ، فإن لم يجدها نظر فى القياس فألحقها بأشبه الأصول بها ، لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخى المغيرة بن شعبة عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون ، إلا أنه حديث مشهور فى كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور والإمام أحمد وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه . فروى سعيد أن عمر قال لشريح : أنظر ما يتبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً ، وما لا يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك فى السنة فاجتهد فيه رأيك . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

٨٢٤٦ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ ولا يحكم الحاكم بعلمه ﴾

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه فى حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبى عبيد ومحمد بن الحسن ، وهو أحد قولى الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك ، وهو قول أبى يوسف وأبى ثور والقول الثانى للشافعى واختيار المزنى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى

وولدى قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] لحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها .

وروى ابن عبد البر فى كتابه أن عروة ومجاهداً رويا أن رجلا من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبى سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً فى موضع كذا وكذا ، وقال عمر : إنى لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان ، فأتنى بأبى سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر : يا أباسفيان انهض بنا إلى موضع كذا وكذا فنهضوا ، ونظر عمر فقال : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من هاهنا فضعه هاهنا ، فقال: والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة وقال : خذه لا أم لك فضعه هاهنا فإنك ما علمتُ قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم إن عمر استقبل القبلة فقال: اللهم لك الحمد حيث لم تمتنى حتى غلبت أباسفيان على رأيه وأذللته لى بالإسلام، قال: فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال : اللهم لك الحمد إذ لم تمتنى حتى جعلت فى قلبى من الإسلام ما أذل به لعمر . قالوا : فحكم بعلمه ، ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين لأنهما يغلبان على الظن ، فما تحققه وقطع به كان أولى ، ولأنه يحكم بعلمه فى تعديل الشهود وجرحهم فكذلك فى ثبوت الحق قياساً عليه .

وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه ، لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه فى ولايته حكم به ، لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه فى ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود فى ولايته .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلىّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه[2] » فدل على أنه إنما يقضى بما يسمع لا بما يعلم . وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى قضية الحضرمى والكندى « شاهداك أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذاك » .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما : أنت شاهدى ، فقال : إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد .

وذكر ابن عبد البر فى كتابه عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة ، فلاحاه رجل فى فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الأرش ثم قال : إنى خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم ، فصعد النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجة عن عائشة . (ف)

(٢) تتمة الحديث « فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هى قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها » أخرجه مالك وأحمد والبخارى ومسلم وبقية الستة عن أم سلمة . (ف)

فخطب وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهمّ بهم المهاجرون ، فنزل النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد فخطب الناس ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا نعم » وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال « لو رأيت حدًّا على رجل لم أحدّه حتى تقوم البينة » ولأن تجويز القضاء بعلمه يفضي إلى تهمته والحكم بما اشتهى ويحيله على علمه . فأما حديث أبي سفيان فلا حجة فيه ، لأنه فتيا لا حكم ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكماً عليه لم يحكم عليه في غيبته . وحديث عمر الذي رووه كان إنكاراً لمنكر رآه لا حكم بدليل أنه ما وجدت منهما دعوى وإنكار بشروطهما . ودليل ذلك ما رويناه عنه ، ثم لو كان حكماً كان معارضاً بما رويناه عنه . ويفارق الحكم بالشاهدين فإنه لا يفضي إلى تهمة بخلاف مسألتنا .

وأما الجرح والتعديل فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف ، لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل ، فإن المزكيين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما ، فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزكيين ، ثم كل واحد منهما يحتاج إلى مزكيين فيتسلسل ، وما نحن فيه بخلافه .

٨٢٤٧ (فصــــل)

ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان ، فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحمد على أنه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لأنه حكم بعلمه .

٨٢٤٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً ﴾ .

وجملة ذلك : أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه نظرت ، فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه ، وبهذا قال الشافعي وزاد : إذا خالف نصاً جلياً نقضه ، وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قالا : لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وقال أبو حنيفة: إذا حكم ببيع متروك التسمية ، أو حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه . وقال محمد بن الحسن : إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه .

وحكي عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ، لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي

موسى لا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس ، ثم راجعت نفسك فيه اليوم ، فهديت لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادى فى الباطل ، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى عن مالك أنه وافقهما فى قضاء نفسه .

ولنا : على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً أنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو لم يخالف الإجماع . وبيان مخالفته للشرط أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه ، كما لو خالف الإجماع ، أو كما لو حكم بشهادة كافرين . وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم .

فإن قيل : أليس إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة ثم بان له الخطأ لم يُعد ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن استقبال القبلة يسقط حال العذر فى حال المسايفة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق إلى غيره مع العلم بحال .

الثانى : أن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة .

الثالث : أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة فيشق القضاء ، وهاهنا إذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك .

وأما إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً ، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته ، لأن الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على ذلك ، فإن أبا بكر حكم فى مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه . وعلىٌّ خالف عمر فى اجتهاده فلم ينقض أحكامه . وخالفهما علىٌّ فلم ينقض أحكامهما . فإن أبا بكر سوّى بين الناس فى العطاء وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ففاضل بين الناس ، وخالفهما علىٌّ فسوّى بين الناس وحرم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله مَن قبله . وجاء أهل نجران إلى على فقالوا يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك ، فقال : ويحكم إن عمر كان رشيد الأمر وإن أرد قضاء قضى به عمر . رواه سعيد .

وروى أن عمر حكم فى المشرَّكة[1] بإسقاط الإخوة من الأبوين ، ثم شرك بينهم بعد وقال : تلك على

(١) المشركة : بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة أى المشرك فيها بين الشقيق والإخوة لأم . فلو ماتت امرأة عن زوج وأم وإخوة لأم وأخ شقيق فلا شىء للشقيق عند أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، وقد قضى عمر أولا بهذا ، وكان زيد بن ثابت يقول : هبوا أباهم كان حماراً مازادهم الأب إلا قربا وأشرك بينهم فى الثلث . أخرجه البيهقى ج ٦ ص٢٥٥ بعد هذا وقعت واقعة جديدة فقضى فيها عمر برأى زيد بن ثابت . قال الحكم بن مسعود: وأتى عمر بن الخطاب =

ما قضينا وهذه على ما قضينا . وقضى فى الجد بقضايا مختلفة ولم يرد الأولى ، ولأنه يؤدى إلى نقض الحكم بمثله ، وهذا يؤدى إلى أن لا يثبت الحـكم أصلا ، لأن الحاكم الثانى يخالف الذى قبله ، والثالث يخالف الثانى فلا يثبت حكم .

فإن قيل : فقد روى أن شريحاً حكم فى ابنى عَمٍّ أَحَدُهُمَا أخٌ لأمٍّ أن المال للأخ ، فرفع ذلك إلى علىّ رضى الله عنه ، فقال: عَلَيَّ بالعبْدِ ، فجىء به ، فقال : فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى (وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ)(١) فقال له علىٌّ : قد قال الله تعالى (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ)(٢) ونقض حكمه .

قلنا : لم يثبت عندنا أن علياً نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون علىٌّ رضى الله عنه اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها فنقض حكمه لذلك .

٨٢٤٩ (فصـــــل)

إذا تغير اجتهاده قبل الحـكم فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول ، لأنه إذا حكم فقد حـكم بما يعتقد أنه باطل ، وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده فى القبلة بعد ما صلى لا يعيد ، وإن كان قبل أن يصلى [صلى](٣) إلى الجهة التى تغير اجتهاده إليها . ولذلك إذا بان فسق الشهود قبل الحـكم لم يحـكم بشهادتهم ، ولو بان بعد الحـكم لم ينقضه .

٨٢٥٠ (فصـــــل)

وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ، لأن الظاهر صحتها وصوابها ، وأنه لا يولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإن تتبعها نظر فى الحاكم قبله ، فإن كان ممن يصلح للقضاء فما وافق من أحكامه الصواب أو لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً لم يسغ نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة وكان فى حق لله تعالى كالعتاق والطلاق نقضه ، لأن له النظر فى حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمى لم ينقضه

= رضى الله عنه فى امرأة تركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها فشرك بين الإخوة للأم وبين الإخوة للأم والأب جعل الثلث بينهم سواء ، فقال رجل : إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا فقال : تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم » أخرجه عبد الرزاق والدارقطنى والبيهقى كما فى ص ٥٤ من إرشاد الرائض (ف)

(١) سورة الأنفال آية ٧٥

(٢) سورة النساء آية ١٢

(٣) هكذا فى النسخ المطبوعة طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٠٦ والفقى ص ٥٨ وفيهما سقطت كلمة (صلى) وهى فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٤١٥ (ف)

إلا بمطالبة صاحبه ، لأن الحاكم لا يستوفى حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه .

وإن كان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ ، لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كلاَ قَضَاءٍ ، لعدم شرط القضاء فيه . وليس فى نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، لأن الأول ليس باجتهاد . ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة فى نقضه ، فإن الحق وصل إلى مستحقه .

وقال أبو الخطاب : تنقض قضاياه كلها ، ما أخطأ فيه وما أصاب ، وهو مذهب الشافعى ؛ لأن وجود قضائه كعدمه ولا أعلم فيه فائدة ، فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

٨٢٥١ (فصـــــل)

وحكم الحاكم لا يزيل الشىء عن صفته فى قول جمهور العلماء ، منهم مالك والأوزاعى والشافعى ، وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وداود ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطناً . فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته فقبلهما القاضى بظاهر عدالتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمده الكذب . ولو أن رجلا ادعى نكاح امرأة وهو يعلم أنه كاذب وأقام شاهدى زور فحكم الحاكم ، حلت له بذلك وصارت زوجته .

قال ابن المنذر : وتفرد أبو حنيفة فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبهما وتزويرهما ، فحكم الحاكم بطلاقها ، لحل لها أن تتزوج ، وحل لأحد الشاهدين نكاحها . واحتج بما روى عن على رضى الله عنه ، أن رجلا ادعى على امرأة نكاحها ، فرفعها إلى على رضى الله عنه ، فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية ، فقالت : والله ما تزوجنى يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له . فقال : شاهداك زوجاك . فدل على أن النكاح ثبت بحكمه ، ولأن اللعان ينفسخ به النكاح ، وإن كان أحدهما كاذباً ، فالحكم أولى .

ولنا : قول النبى صلّى الله عليه وسلم « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلىّ ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار » متفق عليه ، وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئاً فحكم له ، ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرماً عليه كالمال المطلق .

وأما الخبر عن عليّ إن صح فلا حجة لهم فيه ، لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبها إلى التزويج ، لأن فيه طعناً على الشهود . فأما اللعان فإنما حصلت الفرقة به ، لا بصدق الزوج . ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح .

إذا ثبت هذا : فإذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته ، فإنها لا تحل له ويلزمها في الظاهر ، وعليها أن تمتنع ما أمكنها ، فإن أكرهها عليه ، فالإثم عليه دونها ، وإن وطئها الرجل ، فقال أصحابنا وبعض الشافعية : عليه الحد لأنه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية . وقيل : لاحد عليه لأنه وطء مختلف في حله فيكون ذلك شبهة ، وليس لها أن تتزوج غيره . وقال أصحاب الشافعي : تحل لزوج ثان ، غير أنها ممنوعة منه في الحكم . وقال القاضي : يصح النكاح .

ولنا : أن هذا يفضي إلى الجمع بين الوطء المرأة من اثنين ، أحدهما : يطؤها بحكم الظاهر ، والآخر بحكم الباطن . وهذا فساد ، فلا يشرع ، ولأنها منكوحة لهذا الذي قامت له البينة في قول بعض الأئمة ، فلم يجز تزويجها لغيره ، كالمتزوجة بغير ولي : وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبي حنيفة في أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود ، والأول هو المذهب .

٨٢٥٢ (فصـــل)

وإذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ، ففيه روايتان : إحداهما : أنه يلزمه أن يعديه ويستدعي خصمه ، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وسواء كان المستعدي ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله ، كالفقير يدعي على ذي ثروة وهيئة ، نص على هذا في رواية الأثرم في الرجل يستعدي على الحاكم أنه يحضره ويستحلفه . وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والشافعي ، لأن في تركه تضييعاً للحقوق وإقراراً للظلم ، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشتري منه شيئاً ، ولا يوفيه أو يودعه شيئاً ، أو يعيره إياه فلا يرده ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يعد عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم فإنه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبيّ عند زيد ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر عليٌّ عند شريح ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله .

والرواية الثانية : لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة ، ويتبين أن لما ادعاه أصلا . روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وهو مذهب مالك ، لأن في اعدائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات وإهانة لذوي الهيئات ، فإنه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم إلا فعل ، وربما فعل هذا من لاحق له ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من ماله . والأولى أولى ، لأن ضرر تضييع الحق أعظم من هذا . وللمستدعى عليه أن يوكل من يقوم مقامه إن كره الحضور . وإن كان المستدعى عليه امرأة

نظرت ، فإن كانت بَرْزَةً وهى التى تبرز لقضاء حوائجها ، فحكمها حكم الرجل ، وإن كانت مخدرة وهى التى لا تبرز لقضاء حوائجها أمرت بالتوكيل ، فإن توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما ، فإن أقرت شهدا عليها .

وذكر القاضى أن الحاكم يبعث من يقضى بينها وبين خصمها فى دارها ، وهو مذهب الشافعى ، لأن النبى قال « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها[1] » فبعث إليها ولم يستدعها ، وإذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه ، فإن اعترفت للمدعى أنها خصمه حكم بينهما . وإن أنكرت ذلك جيء بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ، ثم يحكم بينهما ، فإن لم تكن له بينة التحفت بجلبابها وأخرجت من وراء الستر لموضع الحاجة ، وما ذكرناه أولى إن شاء الله ، لأنه أستر لها . وإذا كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها ، سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه .

٨٢٥٣ (فصـــــل)

ولا يخلو المستعدى عليه من أن يكون حاضراً أو غائباً ، فإن كان حاضراً فى البلد أو قريباً منه ، فإن شاء الحاكم بعث مع المستعدى عوناً يحضر المدعى عليه ، وإن شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه ، فإذا بعث معه ختماً فعاد فذكر أنه امتنع أو كسر الختم بعث إليه عيوناً ، فإن امتنع أنفذ صاحب المعونة فأحضره . فإذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره إن رأى ذلك بحسب ما يراه تأديباً له ، إما بالكلام وكشف رأسه ، أو بالضرب . أو بالحبس فإن اختبأ بعث الحاكم من ينادى على بابه ثلاثاً أنه إن لم يحضر سُمِّرَ بابهُ وختم عليه ، ويجمع أماثل جيرانه ويشهدهم على إعذاره ، فإن لم يحضر وسأل المدعى أن يسمر عليه منزله ويختم عليه ، وتقرر عند الحاكم أن المنزل منزله سمره أو ختمه . فإن لم يحضر بعث الحاكم من ينادى على بابه بحضرة شاهدى عدل أنه إن لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلا وحكم عليه ، فإن لم يحضر أقام عنه وكيلا وسمع البينة عليه وحكم عليه كما يحكم على الغائب ، وقضى حقه من ماله إن وجد له مالا . وهذا مذهب الشافعى وأبى يوسف وأهل البصرة . حكاه عنهم أحمد ، وإن لم يجد له مالا ولم تكن المدعى بينة فكان أحمد ينكر التهجم عليه ويشدد عليه حتى يظهر .

وقال الشافعى . إن علم له مكاناً أمر بالهجوم عليه فيبعث خصياناً أو غلماناً لم يبلغوا الحلم ، وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل النساء والصبيان ، فإذا حصلوا فى صحن الدار دخل الرجال ، ويؤمر الخصيان بالتفتيش ، ويتفقد النساء النساء ، فإن ظفروا به أخذوه وأحضروه ، وإن استعدى على غائب

(١) من حديث طويل أخرجه الجماعة عن أبى هريرة وزيد بن خالد ، وانظر نيل الأوطار ج ٧ ص٨٦(ف)

نظرت ، فإن كان الغائب فى غير ولاية القاضى لم يكن له أن يعدى عليه وله الحكم عليه على ما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإن كان فى ولايته وله فى بلده خليفة ، فإن كانت له بينة ثبت الحق عنده وكتب به إلى خليفته ولم يحضره ، وإن لم تكن له بينة حاضرة نفذه إلى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وإن لم يكن له فيه خليفة وكان فيه من يصلح للقضاء أذن له فى الحكم بينهما ، وإن لم يكن فيه من يصلح للقضاء قيل له : حرر دعواك ، لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خمر الذمى فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فإنه لا مشقة فى حضوره ، فإذا تحررت بعث فأحضر خصمه ، بعدت المسافة أو قربت . وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو يوسف : إن كان يمكنه أن يحضر ويعود فيأوى إلى موضعه أحضره وإلا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما . وقيل : إن كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره وإلا فلا . ولنا : أنه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين. فإذا لم يمكن إلا بمشقة فعل ذلك ، كما لو امتنع من الحضور فإنه يؤدب ويعزر، ولأن إلحاق المشقة به أولى من إلحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما ، وإن كانت امرأة برزة لم يشترط فى سفرها هذا محرم . نص عليه أحمد لأنه حق آدمى ، وحق الآدمى مبنى على الشح والضيق .

٨٢٥٤ (فصــــل)

وإن استعدى على الحاكم المعزول لم يعده حتى يعرف ما يدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضى عن الامتهان ، فإن ذكر أنه يدعى عليه حقاً من دَين أو غصب أعداه وحكم بينهما كغير القاضى ، وكذلك إن ادعى أنه أخذ منه رشوة على الحكم ، لأن أخذ الرشوة عليه لا يجوز فهى كالغصب ، وإن ادعى عليه الجور فى الحكم وكان للمدعى بينة أحضره وحكم بالبينة ، وإن لم يكن معه بينة ففيه وجهان :

أحدهما : لا يحضره ، لأن فى إحضاره وسؤاله امتهاناً له ، وأعداء القاضى كثير ، وإذا فعل هذا معه لم يؤمن ألا يدخل فى القضاء أحد خوفاً من عاقبته .

والثانى : يحضره لجواز أن يعترف ، فإن حضر واعترف حكم عليه ، وإن أنكر فالقول قوله من غير يمين ، لأن قول القاضى مقبول بعد العزل، كما يقبل فى ولايته،وإن ادعى عليه أنه قتل ابنه ظلماً فهل يستحضره من غير بينة فيه وجهان ، فإن أحضره فاعترف حكم عليه وإلا فالقول قوله . وإن ادعى أنه أخرج عيناً من يده بغير حق فالقول قول الحاكم من غير يمين ، ويقبل قوله للمحكوم له بها على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٢٥٥ (فصــــل)

وإن ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زوراً أحضرهما ، فإن اعترفا أغرمهما ، وإن أنكرا،والمدعى

بينة على إقرارهما بذلك ، فأقاما لزمهما ذلك . وإن أنكرا لم يستحلفا ، لأن إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتهان ، وربما منع ذلك إقامة الشهادة ، وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً .

٨٢٥٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا شهد عنده من لا يعرفه سأل عنه . فإن عدله اثنان قبل شهادته ﴾

وجملته : أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان ، فإن عرفهما عدلين حكم بشهادتهما . وإن عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وإن لم يعرفهما سأل عنهما ، لأن معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وعن أحمد رواية أخرى : يحكم بشهادتهما إذا عرف إسلامهما بظاهر الحال إلا أن يقول الخصم : هما فاسقان . وهذا قول الحسن ، والمال والحد في هذا سواء ، لأن الظاهر من المسلمين العدالة . ولهذا قال عمر رضي الله عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض » .

وروى « أن أعرابياً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشهد برؤية الهلال ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أتشهد أن لا إله إلا الله ؟ فقال : نعم ، فقال : أتشهد أني رسول الله ؟ قال : نعم ، فصام وأمر الناس بالصيام [1] » ولأن العدالة أمر خفي ، سببها الخوف من الله تعالى ، ودليل ذلك الإسلام ، فإذا وجد فليكتف به ما لم يقم على خلافه دليل . وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى ، وفي سائر الحقوق كالثانية ، لأن الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرىء بالشبهات بخلاف غيرها .

ولنا : أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالإسلام ، أو كما لو طعن الخصم فيهما ، فأما الأعرابي المسلم فإنه كان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله تعالى عليهم ، فإن من ترك دينه في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم إيثاراً لدين الإسلام وصحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبتت عدالته .

وأما قول عمر ، فالمراد به أن الظاهر العدالة ، ولا يمنع ذلك في وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة ، فقد روى عنه « أنه أتى بشاهدين ، فقال لهما عمر : لست أعرفكما ، ولا يضركما إن لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما ، فأتيا برجل ، فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا ، قال : عاملتهما في الدنانير والدراهم التي تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا ، قال : كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : يا ابن أخي لست تعرفهما ، جيئا بمن يعرفكما » وهذا بحث يدل على أنه لا يكتفي بدونه .

إذا ثبت هذا : فإن الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والعدالة ، فليس فيها

---

(١) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن ابن عباس (ف)

ما يخفى ويحتاج إلى البحث إلا العدالة فيحتاج إلى البحث عنها لقـــــول الله تعالى (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)[1] ولا نعلم أنه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنـه فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم وكناهم ونسبهم ، ويرفعون فيها بما يتميزون به عن غيرهم، ويكتب صنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ونحلتهم ، فيكتب أسود أو أبيض أو أنزع أو أغم أو أشهل أو أكحل ، أقنى الأنف أو أفطس أو رقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل أو قصير أو ربعة ، ونحو هذا ليتميز ، ولا يقع اسم على اسم ، ويكتب اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق ، ويكتب ذلك كله لأصحاب مسائله لـكل واحد رقعة .

وإنما ذكرنا المشهود له لئلا يكون بينه وبين الشاهد قرابة تمنع الشهادة أو شركة. وذكرنا اسم المشهود عليه ليعرف لئلا تـكون بينه وبين الشاهد عداوة . وذكرنا قدر الحق لأنه ربما كان ممن يرون قبوله فى اليسير دون الـكثير فتطيب نفس المزكى به إذا كان يسيراً ولا تطيب إذا كان كثيراً .

وينبغى للقاضى : أن يخفى عن كل واحد من أصحاب مسائله ما يعطى الآخر من الرقاع لئلا يتواطئوا ، وإن شاء الحاكم عيّن لصاحب مسائله من يسأله ممن يعرفه من جوار الشاهد وأهل الخبرة به ، وإن شاء أطلق ولم يعيّن المسئول ، ويكون السؤال سراً لئلا يكون فيه هتك المسئول عنه ، وربما يخاف المسئول من الشاهد أو من المشهود له أو المشهود عليه أن يخبر بما عنده أو يستحى .

وينبغى أن يكون أصحاب مسائله غير معروفين له لئلا يُقصدوا بهدية أو رشوة ، وأن يكونوا أصحاب عفاف فى الطعمة والأنفس ، ذوى عقول وافرة ، أبرياء من الشحناء والبغض لئلا يطعنوا فى الشهود أو يسألوا عن الشاهد عـدوه فيطعن فيه فيضيع حق المشهود له ، ولا يـكونون من أهل الأهواء والعصبية ، يميلون إلى من وافقهم على من خالفهم ، ويكونون أمناء ثقات ، لأن هذا موضع أمانة . فإذا رجع أصحاب مسائله فأخبر اثنان بالعدالة قبل شهادته ، وإن أخبرا بالجرح رد شهادته وإن أخبر أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين،فإن عادا فأخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح ، لأن بينته لم تتم ، وإن أخبرا بالجرح ثبتَ وردّ الشهادة ، وإن أخبر أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل تمت البينتان ويقدم الجرح ، ولا يقبـل الجرح والتعديل إلا من اثنين ، ويقبل قول أصحاب المسائل ، وقيل لا يقبل إلا شهادة المسئولين ويكلف اثنين منهم أن يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شروط الشهادة فى اللفظ وغـيره ولا تقبل من صاحب المسألة ، لأن ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الأصل .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

ووجه القول الأول أن شهادة أصحاب المسائل شهادة استفاضة لا شهادة على شهادة ، فيكتفى بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ، ولأنه موضع حاجة فلا يلزم المزكى الحضور للتزكية ، وليس للحاكم إجباره عليها ، فصار كالمرض والغيبة فى سائر الشهادات ، ولأننا لو لم نكتف بشهادة أصحاب المسائل لتعذرت التزكية لأنه قد يتفق ألا يكون فى جيران الشاهد من يعرفه الحاكم فلا يقبل قوله فيفوت التعديل والجرح .

٨٢٥٧ (فصل)

قال القاضى : ولابد من معرفة إسلام الشاهد ، ويحصل ذلك بأحد أربعة أمور :

أحدها : إخباره عن نفسه أنه مسلم ، أو إتيانه بكلمة الإسلام وهى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، لأنه لو لم يكن مسلماً صار مسلماً بذلك .

الثانى : اعتراف المشهود عليه بإسلامه ، لأن ذلك حق عليه .

الثالث : خبرة الحاكم ، لأننا اكتفينا بذلك فى عدالته فكذلك فى إسلامه .

الرابع : بينة تقوم به . ولابد من معرفة الحرية فى موضع تعتبر فيه ، ويكفى فى ذلك أحد أمور ثلاثة : بينة ، أو اعترف المشهود عليه ، أو خبرة الحاكم ، ولا يكفى اعتراف الشاهد لأنه لا يملك أن يصير حراً فلا يملك الإقرار به بخلاف الإسلام .

٨٢٥٨ (فصل)

وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال ، فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان :

أحدهما : يلزم الحاكم الحكم بشهادته ، لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ، ولأنه إذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ بإقراره كسائر أقاريره .

والثانى : لا يجوز الحكم بشهادته ، لأن فى الحكم بها تعديلا له ، فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به ، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم عليه مع تعديله ، أو مع انتفائه . لا يجوز أن يقال مع تعديله ، لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد ، ولا يجوز مع انتفاء تعديله ، لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ، ومذهب الشافعى مثل هذا ، فإن قلنا بالأول فلا يثبت تعديله فى حق غير المشهود عليه ، لأنه لم توجد بينة التعديل ، وإنما حكم عليه لإقراره بوجود شروط الحكم ، وإقراره يثبت فى حقه دون غيره ، كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره ثبت فى حقه دون غيره .

٨٢٥٩ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإن عدله اثنان وجرحه اثنان ، فالجراحة أولى) .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : ينظر أيهما أعدل ؟ اللذان جرحاه أو اللذان عدلاه ؟ فيؤخذ بقول أعدلهما .

ولنا : أن الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه ، لأن التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم ، والجارح مثبت لوجود ذلك ، والإثبات مقدم على النفي ، ولأن الجارح يقول : رأيته يفعل كذا ، والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل . ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بأن يراه الجارح يفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحاً .

٨٢٦٠ (فصل)

ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ، وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وابن المنذر ، وروى عن أحمد يقبل ذلك من واحد ، وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة ، لأنه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، فقُبل من واحد كالرواية .

ولنا : أنه إثبات صفة من يبنى الحاكم حكمه على صفته ، فاعتبر فيه العدد كالحضانة ، وفارق الرواية فإنها على المساهلة ، ولا نسلم أنها لا تفتقر إلى لفظ الشهادة . ويعتبر فى التعديل والجرح لفظ الشهادة ، فيقول فى التعديل : أشهد أنه عدل ويكفى هذا ، وإن لم يقل : عَلَيَّ ولِى ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية ، وقال أكثرهم : لا يكفيه إلا أن يقول عدل : عَلَيَّ وَلِيَ . واختلفوا فى تعليله ، فقال بعضهم: لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة، وقال بعضهم : لئلا يكون عدلا فى شىء دون شىء .

ولنا : قول الله تعالى (وأشهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)[1] فإذا شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما، فيدخل ذلك فى عموم الأمر ، لأنه إذا كان عدلا لزم أن يكون له وعليه وفى حق سائر الناس وفى كل شىء فلا يحتاج إلى ذكره ، ولا يصح ماذكروه ، فإن الإنسان لا يكون عدلا فى شىء دون شىء ، ولا فى حق شخص دون شخص ، فإنها لاتوصف بهذا ولاتنتفى أيضاً بقوله عدل علىّ ولى ، فإن من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة ، وإنما ترد شهادته للتهمة مع كونه عدلا . ثم إن هذا إذا كان معلوماً انتفاؤه بينهما لم يحتج إلى ذكره ولانفيه عن نفسه ، كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته لم يحتج إلى أن ينفى

(١) سورة الطلاق آية ٢

عن نفسه ذلك ، ولأن العداوة لاتمنع من شهادته له بالتزكية ، وإنما تمنع الشهادة عليه وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة به إلى نفى العداوة .

٨٢٦١ (فصـــل)

ولا يكفى أن يقول لا أعلم منه إلا الخير ، وهذا مذهب الشافعى . وقال أبو يوسف : يكفى لأنه إذا كان من أهل الخبرة به ولا يعلم إلا الخير فهو عدل .

ولنا : أنه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تعديلا ، كما لو قال : أعلم منه خيراً ، وماذكروه لايصح ، لأن الجاهل بحال أهل الفسق لا يعلم منهم إلا الخير ، لأنه يعلم إسلامهم وهو خير ، ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول .

٨٢٦٢ (فصـــل)

قال أصحابنا : ولا يقبل التعديل إلا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، وهذا مذهب الشافعى لخبر عمر الذى قدمناه ، ولأن عادة الناس إظهار الصالحات وإسرار المعاصى ، فإذا لم يكن ذا خبرة باطنة ربما اغتر بحسن ظاهره وهو فاسق فى الباطن ، وهذا يحتمل أن يريدوا به أن الحاكم إذا علم أن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل ، كما فعل عمر رضى الله عنه . ويحتمل أنهم أرادوا أنه لايجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا أن تكون له خبرة باطنة . فأما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال ، فله أن يقبل الشهادة من غير كشف ، وإن استكشف الحال كما فعل عمر رضى الله عنه فلا بأس .

٨٢٦٣ (فصـــل)

ولا يسمع الجرح إلا مفسراً ، ويعتبر فيه اللفظ ، فيقول : أشهد أنى رأيته يشرب الخمر ، أو يعامل بالربا ، أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم ، أو سمعته يقذف ، أو يعلم ذلك باستفاضته فى الناس ، ولابد من ذكر السبب وتعيينه ، وبهذا قال الشافعى وسوار . وقال أبو حنيفة : يقبل الجرح المطلق ، وهو أن يشهد أنه فاسق أو أنه ليس بعدل . وعن أحمد مثله ، لأن التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجرح ، ولأن التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقاً ويوجب عليه الحد فى بعض الحالات ، وهو أن يشهد عليه بالزنا ، فيفضى الجرح إلى جرح الجارح وتبطيل شهادته ولا يتجرح بها المجروح .

ولنا : أن الناس يختلفون فى أسباب الجرح كاختلافهم فى شارب النبيذ ، فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لايراه القاضى جرحاً ، ولأن الجرح ينقل عن الأصل ، فإن الأصل فى المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد أن يعرف الناقل لئلا يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلا .

وقولهم : إنه يفضى إلى جرح الجارح وإيجاب الحد عليه .

قلنا : ليس كذلك ، لأنه يمكنه التعريض من غير تصريح .

فإن قيل : فني بيان السبب هتك المجروح .

قلنا : لابد من هتكه ، فإن الشهادة عليه بالفسق هتك له ، ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية إليه ، كما جازت الشهادة عليه به لإقامة الحد عليه ، بل هاهنا أولى ، فإن فيه دفع الظلم عن المشهود عليه وهو حق آدمى فكان أولى بالجواز ، ولأن هتك عرضه بسببه ، لأنه تعرض للشهادة مع ارتكابه مايوجب جرحه ، فكان هو الهاتك لنفسه ، إذ كان فعله هو المحوج للناس إلى جرحه ، فإن صرح الجارح بقذفه بالزنا فعليه الحد إن لم يأت بتمام أربعة شهداء ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى:لاحد عليه إذا كان بلفظ الشهادة،لأنه لم يقصد إدخال المعرة عليه .

ولنا : قول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)[1] الآية ، ولأن أبا بكرة ورفيقيه شهدوا على المغيرة بالزنا ولم يكمل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضر الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً . ويبطل ماذكروه بما إذا شهدوا عليه لإقامة الحد عليه .

٨٣٦٤ (فصـــــل)

وإذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما ، بطلت شهادتهما ، لأن الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية .

٨٣٦٥ (فصـــــل)

ولايقبل الجرح والتعديل من النساء . وقال أبو حنيفة: يقبل ، لأنه لايعتبر فيه لفظ الشهادة ، فأشبه الرواية وإخبار الديات .

ولنا : أنها شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال ، فأشبه الشهادة فى القصاص ، وماذكروه غير مسلّم .

٨٣٦٦ (فصـــــل)

ولايقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء ، فلو قال المشهود عليه : هذان فاسقان أو عدوان لى أو آباء للمشهود له لم يقبل قوله ، لأنه متهم فى قوله ويشهد بما يجر إليه نفعاً فأشبه الشهادة لنفسه ، ولوقبلنا

---

(١) سورة النور آية ٤

قوله لم يشأ أحد أن يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطلها ، فتضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة .

٨٢٦٧ (فصـــــل)

ولا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما لم تقبل شهادتهما .
وقال مالك : يقبلهما إذا رأى فيهما سيما الخير ، لأنه لا سبيل إلى معرفة عدالتهما ، ففي التوقف عن قبولهما تضييع الحقوق ، فوجب الرجوع فيهما إلى السيماء الجميلة .

ولنا : أن عدالتهما مجهولة ، فلم يجز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحضر . وما ذكروه معارض بأن قبول شهادتهما يفضي إلى أن يقضي بشهادتهما بدفع الحق إلى غير مستحقه .

٨٢٦٨ (فصـــــل)

قال أحمد : ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قليل ، لأن الرجل ينتقل من حال إلى حال ، وهل هذا مستحب أو واجب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : مستحب ، لأن الأصل بقاء ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح .

والثاني : يجب البحث كلما مضت مدة يتغير الحال فيها ، لأن العيب يحدث ، وذلك على ما يراه الحاكم.
ولأصحاب الشافعي وجهان مثل هذين .

٨٢٦٩ (فصـــــل)

وليس للحاكم أن يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم ، لأن الله تعالى قال (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)[1] ولأن فيه إضراراً بالناس ، لأن كثيراً من الوقائع التي يحتاج إلى البينة فيها تقع عند غير المرتبين ، فمتى ادعى إنسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والنظر في عدالة شاهديه ، ولا يجوز ردهم بكونهم من غير المرتبين ، لأن ذلك يخالف الكتاب والسنة والإجماع ، لكن له أن يرتب شهوداً يشهدهم الناس فيستغنون بإشهادهم عن تعديلهم ويستغني الحاكم عن الكشف عن أحوالهم ، فيكون فيه تخفيف من وجه ويكونون أيضاً يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم إذا شهد .

٨٢٧٠ (فصـــــل)

ولا بأس أن يعظ الشاهدين . كما روى عن شريح أنه كان يقول للشاهدين إذا حضرا : ياهذان ألا تريان ؟ إني لم أدعكما ولست أمنعكما أن ترجعا ، وإنما يقضي على هذا أنتما، وأنا متق بكما فاتقيا.وفي لفظ: وإني بكما أقضي اليوم ، وبكما أتقي يوم القيامة .

وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة ، فجاء رجل فادعى على رجل

(١) سورة الطلاق آية ٢

حقاً فأنكره ، فأحضر المدعي شاهدين فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي به تقوم السماء والأرض لقد كذبا عليّ في الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمى ما في حواصلها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار[1] » فإن صدقتما فاثبتا ، وإن كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا ، فغطيا رءوسهما وانصرفا .

٨٢٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويكون كاتبه عدلا وكذلك قاسمه ﴾

وجملته : أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتباً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استكتب زيد بن ثابت وغيره ولأن الحاكم تكثر أشغاله ونظره فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه ، وإن أمكنه تولى الكتابة بنفسه جاز والاستنابة فيه أولى . ولا يجوز أن يستنيب في ذلك إلا عدلا ، لأن الكتابة موضع أمانة .

ويستحب أن يكون فقيهاً ليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ، ويفرق بين الجائز والواجب. وينبغي أن يكون وافر العقل وَرِعاً نَزِهاً لئلا يستمال بالطمع ، ويكون مسلماً ، لأن الله تعالى قال (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لاَ يَأْلُونَكُمْ خَبَالاً)[2] .

ويروى أن أبا موسى قدم على عمر رضي الله عنه ومعه كاتب نصراني ، فأحضر أبو موسى شيئاً من مكتوباته عند عمر فاستحسنه وقال : قل لكاتبك يجيء فيقرأ كتابه ، قال : إنه لا يدخل المسجد ، قال : ولِمَ ؟ قال : إنه نصراني ، فانتهره عمر وقال : لا تأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى ، ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ، ولا تعزوهم وقد أذلهم الله تعالى . ولأن الإسلام من شروط العدالة ، والعدالة شرط.

وقال أصحاب الشافعي : في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان :

أحدهما : تشترط لما ذكرنا .

والثاني : لا تشترط لأن ما يكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه فتؤمن الخيانة فيه .

ويستحب أن يكون جيد الخط ، لأنه أكمل ، وأن يكون حراً ليخرج من الخلاف ، وإن كان عبداً جاز ، لأن شهادة العبد جائزة ، ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ، ولا بد من كونه حاسباً لأنه عمله وبه يقسم ، فهو كالخط للكاتب والفقه للحاكم

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٢٢٢ ولفظه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الطير لتضرب بمناقيرها وتحرك أذنابها من هول يوم القيامة، وما يتكلم به شاهد الزور ، ولا تفارق قدماه الأرض حتى يقذف به في النار » (ف) .

(٢) سورة آل عمران آية ١١٨

ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه ليشاهد ما يكتبه ، ويشافهه بما يملى عليه ، وإن قعد ناحية جاز لأن المقصود يحصل ، فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه .

٨٢٧٢ (فصـــــل)

وإذا ترافع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه ، فقال المقر له للحاكم : أشهد لى على إقراره شاهدين ، لزمه ذلك ، لأن الحاكم لا يحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ، ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى ، فإن الإنسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم بإقراره ، وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو بيمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه ، لأنه لا حجة للمدعى سوى الإشهاد ، وإن ثبتت عنده بينة فسأله الإشهاد ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه ، لأن بالحق بينة ، فلا يجب جعل بينة أخرى .

والثانى : يجب لأن فى الإشهاد فائدة جديدة وهى إثبات تعديل بينته وإلزام خصمه ، وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الإشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط المطالبة مرة أخرى . وفى جميع ذلك إذا سأله أن يكتب له محضراً بما جرى ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ذلك ، لأنه وثيقة له ، فهو كالإشهاد ، لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين ، فلا يذكرهما إلا ذوى خطيهما .

والثانى : لا يلزمه ، لأن الإشهاد يكفيه ، والأول أصح ، لأن الشهود تكثر عليهما الشهادات ويطول عليهم الأمد ، فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققاً يحصل به أداؤها ، فلا يتقيد إلا بالكتاب .

فإن اختار أن يكتب له محضراً فصفته :

حضر القاضى فلان بن فلان الفلانى قاضى عبد الله لإمام فلان على كذا وكذا ، وإن كان خليفة القاضى قال : خليفة القاضى فلان بن فلان الفلانى عبد الله قاضى الإمام ، بمجلس حكمه وقضائه ، فإن كان يعرف المدعى والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما قال : فلان بن فلان الفلانى ، وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى ، ويرفع فى نسبهما حتى يتميز . ويستحب ذكر حليتهما ، وإن أخلّ به جاز ، لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية . وإن كان الحاكم لايعرف الخصمين قال : مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى ، وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى ، ويرفع فى نسبهما ، ويذكر حليتهما ، لأن الاعتماد عليها فربما استعار النسب ويقول اغم أو أنزع ، ويذكر صفة العينين والأنف والفم والحاجبين واللون والطول والقصر ، ما ادعى عليه كذا وكذا فأقر له ، ولا يحتاج أن يقول بمجلس حكمه لأن الإقرار يصح فى غير مجلس الحكم .

وإن كتب أنه شهد على إقراره شاهدان كان أوكد . ويكتب الحاكم على رأس المحضر : الحمد لله رب العالمين أو ما أحب من ذلك .

فأما إن أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال : فادعى عليه كذا وكذا فأنكر ، فسأل الحاكم المدعى ألك بينة فأحضرها ، وسأل الحاكم سماعها ففعل ، وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى فأجابه إليه ، وذلك فى وقت كذا ، ويحتاج هاهنا أن يذكر بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الإقرار ، لأن البينة لا تسمع إلا فى مجلس الحكم ، والإقرار بخلافه .

ويكتب الحاكم فى آخر المحضر : شهدا عندى بذلك ، فإن كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما : شهد عندى بذلك ، ويكتب علامته فى رأس المحضر ، وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز .

فأما إن لم تكن المدعى بينة فاستحلف المنكر ، ثم سأل المنكر الحاكم محضراً لئلا يحلف فى ذلك ثانياً كتب له مثل ما تقدم ، إلا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى ألك بينة فلم تكن له بينة ، فقال : لك يمينه ، فسأله أن يستحلفه فاستحلفه فى مجلس حكمه وقضائه فى وقت كذا وكذا ، ولابد من ذكر تحليفه ، لأن الاستحلاف لايكون إلا فى مجلس الحكم ويعلم فى أوله خاصة ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها ، فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فقضى عليه فى وقت كذا ويعلم فى آخره ، ويذكر أن ذلك فى مجلس حكمه وقضائه ، فهذه صفة المحضر .

فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت فى المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ، ألزمته الحق ، أنفذت الحكم به . فإن طلبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به . فإن طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب فى المحضر ويشهد على إنفاذه سجل له . وفى وجوب ذلك الوجهان المذكوران فى المحضر . وهذه صورة السجل :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أشهد عليه القاضى فلان بن فلان الفلانى ، قاضى عبد الله الإمام ، على كذا وكذا ، فى مجلس حكمه وقضائه فى موضع كذا وكذا ، فى وقت كذا وكذا ، أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ونسبهما ، وقد عرفهما بما ساغ له به قبول شهادتهما عنده بما فى كتاب نسخه ، وينسخ الكتاب إن كان معه أو المحضر فى أى حكم كان ، فإذا فرغ منه قال بعد ذلك : فحكم به فأنفذه وأمضاه بعد أن سأله فلان بن فلان أن يحكم له به . ولا يحتاج أن يذكر أنه بمحضر المدعى عليه ، لأن القضاء على الغائب جائز ، فإن أراد أن يذكره احتياطاً قال : بعد أن حضره من ساغ له الدعوى عليه ، ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين :

إحداهما : تكون فى يد صاحب الحق .

والأخرى : تكون فى ديوان الحكم . فإن هلكت إحداهما نابت الأخرى عنها ، ويختم الذى فى ديوان الحكم ، ويكتب على طيه : سجل فلان بن فلان ، أو محضر فلان بن فلان ، أو وثيقة فلان بن فلان . فإن كثر ما عنده جمع ما يجتمع فى كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها ، وشدها أضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ، ثم يضم ما يجتمع فى السنة ويدعها ناحية ويكتب عليها كتب سنة كذا ، حتى إذا حضر من يطلب شيئاً منها سام[1] عن السنة فيخرج كتب تلك السنة ويسهل ، وينبغى أن يتولى جمعها وشدها بنفسه لئلا يزور عليه ، فإن تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

٨٢٧٣ (فصـــل)

وينبغى أن يجعل من بيت المال شىء برسم الكاغد الذى يكتب فيه المحاضر والسجلات ، لأنه من المصالح، فإنه يحفظ به الوثائق، ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ، ويرجع بالدرك على من رجع عليه ، فإن أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ، ويقول لصاحب الحق إن شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فإنه حجة لك ولست أكرهك عليه .

٨٢٧٤ (فصـــل)

وإذا ارتفع إليه خصمان ، فذكر أحدهما أن حجته فى ديوان الحكم ، فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه ، فإن ذكر ذلك حكم به ، وإن لم يذكره لم يحكم به ، نص عليه أحمد فى الشهادة ، قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ومحمد بن الحسن . وعن أحمد رضى الله عنه أنه يحكم به ، وبه قال ابن أبى ليلى . وهذا الذى رأيته عن أحمد فى الشهادة ، لأنه إذا كان فى قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحاً .

ووجه الأولى أنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز إنفاذه إلا ببينة كحكم غيره ، ولأنه يجوّز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط .

فإن قيل : فلو وجد فى دفتر أبيه حقاً على إنسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه .

قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الإجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ، ولو وجد حكم أبيه مكتوباً بخطه لم يجز له إنفاذه ، ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به عليه إلى نفسه ، لأنه فعل نفسه فروعى ذلك . وأما ما كتبه أبوه فلا يمكنه الرجوع فيما حكم به إلى نفسه فيكفى فيه الظن .

---

(١) فى نسخ المغنى (سام) ولعلها (سأل) . (ف)

٨٢٧٥ (فصـــل)

فإن ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لى بهذا الحق على خصمى ، فذكر الحاكم حكمه ، أمضاه وألزم خصمه ما حكم به عليه ، وليس هذا حكما بالعلم إنما هو إمضاء لحكمه السابق ، وإن لم يذكره القاضى ، فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولها وإمضاء القضاء ، وبه قال ابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن . قال القاضى : هذا قياس قول أحمد لأنه قال : يرجع الإمام إلى قول اثنين فصاعداً من المأمومين .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى : لا يقبل ، لأنه يمكنه الرجوع إلى الإحاطة والعلم ، فلا يرجع إلى الظن كالشاهد إذا نسى شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد لم يكن له أن يشهد .

ولنا : أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل ، فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه ، ولأنهما شهدا بحكم حاكم ، وما ذكروه لا يصح ، لأن ذكر ما نسيه ليس إليه ، ويخالف الشاهد ، لأن الحاكم يمضى ما حكم به إذا ثبت عنده ، والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته وإنما يمضيها الحاكم .

٨٢٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقبل هدية من لم يكن يهدى إليه قبل ولايته ﴾ :

وذلك لأن الهدية يقصد بها فى الغالب استمالة قلبه ليعتنى به فى الحكم فتشبه الرشوة . قال مسروق : إذا قبل القاضى الهدية أكل السحت ، وإذا قبل الرشوة بلغت به الكفر .

وقد روى أبو حميد الساعدى قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللُّتْبِيَّةِ على الصدقة ، فقال : هذا لكم وهذا أُهدى إلىّ ، فقام النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال العامل نبعثه فيجىء فيقول هذا لكم وهذا أُهدى إلىّ ، ألا جلس فى بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذى نفس محمد بيده لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته ، إن كان بعيراً له رُغَاء ، أو بقرة لها خُوَارٌ ، أو شاة تَيْعَر [1] فرفع يديه حتى رأيت عفرة [2] أبطيه ، فقال : اللهم هل بلغت ثلاثاً ؟ » متفق عليه

ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه ، فلم يجز قبولها منه كالرشوة ، فأما إن كان يهدى إليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية ، لأنها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها .

---

(١) الرغاء : صوت البعير — الخوار : صوت البقرة — تيعر : تصيح . (ف)

(٢) عفرة : بضم العين وفتحها والأشهر الضم : وهى البياض الذى ليس بناصع بل فيه شىء كلون الأرض قالوا : وهو مأخوذ من عفر الأرض وهو وجهها ، وعفر وزن قمر . (ف)

قال القاضي : ويستحب له التنزه عنها ، وإن أحس أنه يقدمها بين يدي خصومه أو فعلها حال الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لأنها كالرشوة، وهذا كله مذهب الشافعي. وروي عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم، وفيما ذكرنا دلالة على التحريم .

٨٢٧٧ (فصل)

فأما الرشوة في الحكم ، ورشوة العامل ، فحرام بلا خلاف . قال الله تعالى (أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ)[1] قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره : هو الرشوة . وقال : إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به إلى الكفر.

وروى عبد الله بن عمر قال « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح. ورواه أبو هريرة وزاد « في الحكم » ورواه أبو بكر في زاد المسافر وزاد « والرائش » وهو السفير بينهما . ولأن المرتشي إنما يرتشي ليحكم بغير الحق أو ليوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم .

قال مسروق : سألت ابن مسعود عن السحت أهو الرشوة في الحكم ؟ قال لا . (وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ — والظَّالِمُونَ — وَالْفَاسِقُونَ)[2] ولكن السحت أن يستعينك الرجل على مظلمة فيهدي لك فلا تقبل .

وقال قتادة : قال كعب : الرشوة تسفه الحليم ، وتعمي عين الحكيم .

فأما الراشي فإن رشاه ليحكم له بباطل ، أو يدفع عنه حقاً فهو ملعون ، وإن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه ، فقد قال عطاء وجابر بن زيد والحسن : لا بأس أن يصانع عن نفسه . قال جابر بن زيد : ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ، ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره ، فإن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها إلى أربابها ، لأنه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد . ويحتمل أن يجعلها في بيت المال، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن اللتبية بردها على أربابها ، وقد قال أحمد : إذا أهدى البطريق لصاحب الجيش عيناً أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش . قال أبو بكر : يكونون فيه سواء .

٨٢٧٨ (فصل)

ولا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه ، لما روى أبو الأسود المالكي عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً »[3] ولأنه يعرف فيحابي فيكون كالهدية ، ولأن ذلك يشغله عن النظر في أمور الناس .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٢ . (٢) سورة المائدة ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ .

(٣) أخرجه الحاكم في الكنى كما في الفتح الكبير ج ٣ ص ٩٦ . (ف)

وقد روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق ، فقالوا يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يسعك أن تشتغل عن أمور المسلمين « قال : فإنى لا أدع عيالى يضيعون » قالوا : فنحن نفرض لك ما يكفيك ، ففرضوا له كل يوم درهمين .

فإن باع واشترى صح البيع ، لأن البيع تم بشروطه وأركانه ، وإن احتاج إلى مباشرته ولم يكن له من يكفيه جاز ذلك ولم يكره ، لأن أبا بكر رضى الله عنه قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام بعياله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة . وأما إذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره له لما ذكرناه من المعنيين . وينبغى أن يوكل فى ذلك من لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى ،وهذامذهب الشافعى .

وحكى عن أبى حنيفة أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف لما ذكرنامن قضية أبى بكر رضى الله عنه .

ولنـا : ما ذكرناه .

وروى عن شريح أنه قال : شرط عَلَىّ عمر حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان .

وقضية أبى بكر حجة لنا : فإن الصحابة أنـكروا عليه فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع ، فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم قبلوقبلهم وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها .

٨٢٧٩ (فصـــــل)

ويجوز للحاكم حضور الولائم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحضرها ويأمر بحضورها ، وقال« من لم يجب فقد عصى الله ورسوله »[1] فإن كثرت وازدحمت تركها كلها ولم يجب أحداً ، لأن ذلك يشغله عن الحـكم الذى قد تعين عليه ، لـكنه يعتذر إليهم ويسألهم التحليل ، ولا يجيب بعضاً دون بعض ، لأن فى ذلك كسراً لقلب من لم يجبه ، إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون فى إحداهما منكر أو تـكون فى مكان بعيد ، أو يشتغل بها زمناً طويلا ، والأخرى بخلاف ذلك فله الإجابة إليها دون الأولى ، لأن عذره ظاهر فى التخلف عن الأولى .

٨٢٨٠ (فصـــــل)

وله عيادة المرضى ، وشهود الجنائز ، وإتيان مقدم الغائب ، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس ، لأنه قربة وطاعة ، وإن كثر ذلك فليس له الاشتغال به عن الحـكم ، لأن هذا تبرع فلايشتغل به عن الفرض .

(١) « من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله » أخرجه مسلم عن أبى هريرة . (ف)

وله حضور البعض دون البعض ، لأن هذا يفعله لنفع نفسه لتحصيل الأجر والقربة له ، والولائم يراعى فيها حق الداعى فينكسر قلب من لم يجبه إذا أجاب غيره .

٨٢٨١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويعدل بين الخصمين فى الدخول عليه ، والمجلس ، والخطاب ﴾ .

وجملته : أن على القاضى العدل بين الخصمين فى كل شيء من المجلس ، والخطاب ، واللحظ ، واللفظ ، والدخول عليه ، والإنصات إليهما ، والاستماع منهما ، وهذا قول شريح وأبى حنيفة والشافعى ولا أعلم فيه مخالفاً .

وقد روى عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة بإسناده عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من بلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لفظه وإشارته ومقعده ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر[1] » وفى رواية « فليسوِّ بينهم فى النظر والمجلس والإشارة » .

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبىّ « سوّ بين الناس فى مجلسك وعدلك ، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ، ولا يطمع شريف فى حيفك » .

وقال سعيد : ثنا هشيم ثنا سيار ثنا الشعبى قال : كان بين عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأُبىِّ بن كعب بدار فى شىء ، فجعلا بينهما زيد بن ثابت ، فأتياه فى منزله ، فقال له عمر : أتيناك لتحكم بيننا وفى بيته يؤتى الحكم[2] ، فوسع له زيد عن صدر فراشه فقال هاهنا يا أمير المؤمنين ، فقال له عمر : جُرْتَ فى أول القضاء ، ولكن أجلسُ مع خصمى ، فجلسا بين يديه ، فادعى أبىّ وأنكر عمر ، فقال زيد لأبىّ : أعف أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لأسألها لأحد غيره ، فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عُرْضِ[3] المسلمين عنده سواء .

---

(١) أخرجه أبو يعلى والدارقطنى والطبرانى فى الكبير عن أم سلمة. قال الشوكانى ج ٨ ص ٢٧٥ «وفى إسناده عبادة بن كثير وهو ضعيف » (ف)

(٢) هذا أصله مثل زعمته العرب على ألسن البهائم قالوا : إن الأرنب التقطت تمرة فاختلسها الثعلب وأكلها، فانطلقا يختصمان إلى الضب، فقالت الأرنب : يا أبا الحسل . قال : سميعاً دعوت . قالت : أتيناك لنختصم إليك، قال: عادلا حكما . قالت : فاخرج إلينا، قال : فى بيته يؤتى الحكم . قالت : إنى وجدت تمرة ، قال : حلوة فكليها . قالت : فاختلسها الثعلب ، قال : لنفسه بغى الخير، قالت : فلطمته، قال : بحقك أخذت، قالت : فلطمنى، قال: حر انتصر قالت : فاقض بيننا . قال : قد قضيت . فذهبت أقواله كلها مثلا اهـ من الوسيط ص ١٧ (ف)

(٣) عرض المسلمين: عامة المسلمين(ف)

ورواه عمر بن شبة وفيه : فلما أتيا باب زيد خرج فقال السلام عليك يا أمير المؤمنين لو أرسلت إلى لأتيتك ، قال : فى بيته يؤتى الحكم ، فلما دخلا عليه قال هاهنا يا أمير المؤمنين ، قال بل أجلس مع خصمى ، فادعى أبى وأنكر عمر ، ولم تكن لأبى بينة ، فقال زيد : أعف أمير المؤمنين من اليمين ، فقال عمر : تالله إن زلت ظالماً ، السلام عليك يا أمير المؤمنين، ها هنا يا أمير المؤمنين، أعف أمير المؤمنين[1]، ولم يعفى أمير المؤمنين ؟ إن كان لى حق استحققته بيمينى وإلا تركته ، والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبى فيها حق ، ثم أقسم عمر لايصيب زيد وجه القضاء حتى يكون عمر وغيره من الناس عنده سواء . فلما خرجا وهب النخل لأبى ، فقيل له يا أمير المؤمنين فهلا كان هذا قبل أن تحلف ؟ قال : خفت أن أترك اليمين فتصير سنة فلايحلف الناس على حقوقهم .

وقال إبراهيم : جاء رجل إلى شريح وعنده السرى بن وقاص ، فقال الرجل لشريح : أعدنى على هذا الجالس عندك ، فقال شريح للسرى : قم فاجلس مع خصمك ، قال : إنى أسمعك من مكانى ، قال : لا ، قم فاجلس مع خصمك ، فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه .

وفى رواية قال : إن مجلسك يريبه ، وإنى لا أدع النصرة وأنا عليها قادر ، ولما تحاكم علىّ رضى الله عنه واليهودى إلى شريح قال علىّ : إن خصمى لو كان مسلماً لجلست معه بين يديك . ولأن الحاكم إذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك إلى ظلمه . وإن أذن أحد الخصمين للحاكم فى رفع الخصم الآخر عليه فى المجلس جاز ، لأن الحق له ولاينكسر قلبه إذا كان هو الذى رفعه .

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم » رواه أبوداود .

وقال على رضى الله عنه : لو أن خصمى مسلم لجلست معه بين يديك .

ولأن ذلك أمكن للحاكم فى العدل بينهما ، والإقبال عليهما ، والنظر فى خصومتهما .

وإن كان الخصمان ذميين سوّى بينهما أيضاً لاستوائهما فى دينهما .

وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً جاز رفع المسلم عليه ، لما روى إبراهيم التيمى قال : وجد علىّ كرم الله وجهه درعه مع يهودى ، فقال درعى سقطت وقت كذا ، فقال اليهودى : درعى وفى يدى بينى وبينك قاضى المسلمين ، فارتفعا إلى شريح ، فلما رآه شريح قام من مجلسه وأجلسه فى موضعه وجلس مع اليهودى بين

(١) يردد عمر العبارات التى صدرت من زيد وقد بعد بها عن المساواة بينه وبين خصمه (ف)

يديه ، فقال علىّ : إن خصمى لو كان مسلماً لجلست معه بين يديك ، ولكنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتساووهم فى المجالس » ذكره أبو نعيم فى الحلية .

ولا ينبغى أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه ، إما أن يضيفهما معاً أو يدعهما .

وقد روى عن على كرم الله وجهه أنه نزل به رجل فقال له إنك خصم[1] ؟ قال : نعم ، قال : تحوّل عنا فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه » ولأن ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم إلى من أضافه .

ولا يلقن أحدهما حجته ولا مافيه ضرر على خصمه ، مثل أن يريد أحدهما الإقرار فيلقنه الإنكار ، أو اليمين فيلقنه النكول ، أو النكول فيجرئه على اليمين ، أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة أو يكون مقدماً على الشهادة فيوقفه عنها ، أو يقول لأحدهما وحده تكلم ، ونحو هذا مما فيه إضرار بخصمه ، لأن عليه العدل بينهما .

فإن قيل : فقد لقن النبى صلى الله عليه وسلم السارق فقال « ما إخالك سرقت »[2] . وقال عمر لزياد : أرجو أن لايفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

قلنا : لا يرد هذا الإلزام ها هنا ، فإن هذا فى حقوق الله وحدوده ، ولا خصم المقر ولا للمشهود عليه ، فليس فى تلقينه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل فى أحد الجانبين ، والذى قلنا فى المختلفين فى حق من حقوق الآدميين .

ولا ينبغى أن يعنت الشاهد ، ولا يداخله فى كلامه ، ويعنفه فى ألفاظه .

٨٢٨٢ (فصـــل)

وإذا حضر القاضى خصوم كثيرة قدم الأول فالأول . وينبغى أن يبعث من يكتب من جاء الأول فالأول فيقدمه . قال ابن المنذر : الأحسن أن يتخذ خيطاً ممدوداً طرفه يلى مجلس الحاكم والطرف الآخر يلى مجلس الخصوم ، فكل من جاء كتب اسمه فى رقعة وثقبها وأدخلها فى الخيط مما يلى مجلس الخصوم حتى يأتى على آخرهم ، فإذا جلس القاضى مد يده إلى الطرف الذى يليه فأخذ الرقعة التى تليه ثم التى بعدها كذلك حتى

---

(١) عن الحسن قال : جاء رجل فنزل على على فأضافه ، فقال : إنى أريد أن أخاصم، قال له على : تحول عن منزلى فإن النبى صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم، وفى لفظ أن ننزل الخصم إلا ومعه خصمه . أخرجه ابن راهويه وأبوالقاسم بن الخراج فى أماليه والبيهقى كما فى منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٥ (ف)

(٢) روى الدارقطنى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق قد سرق شملة فقال : أسرقت ما إخاله سرق . . ج ٣ ص ١٠٣(ف)

يأتى على آخرها ، فإن بقى منها شىء وزال الوقت الذى يقضى فيه عرف الطرف الذى يليه حين يجلس فيتناول فى المجلس الثانى الرقاع كفعله بالأمس . والاعتبار بسبق المدعى ، لأن الحق له . ومتى قدم رجلا لسبقه فحكم بينه وبين خصمه فقال لى دعوى أخرى لم يسمع منه ، لأنه قد قدمه بسبقه فى خصومه فلا يقدمه بأخرى ، ويقول له اجلس حتى إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت فى دعواك الأخرى إن أمكن ، فإذا فرغ الكل فقال الأخير بعد فصل خصومته : لى دعوى أخرى لم يسمع منه حتى يسمع دعوى الأول الثانية ثم يسمع دعواه .

وإن ادعى المدعى عليه على المدعى حكم بينهما ، لأننا إنما نعتبر الأول فالأول فى الدعوى لا فى المدعى عليه . وإذا تقدم الثانى فادعى على المدعى الأول أو المدعى عليه الأول حكم بينهما .

وإن حضر اثنان أو جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة لتساوى حقوقهم . وإن كثر عددهم كتب أسماءهم فى رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة رقعة ، واحدة بعد أخرى ويقدم صاحبها حسب ما يتفق .

٨٢٨٣ (فصـــل)

فإن حضر مسافرون ومقيمون ، فكان المسافرون قليلا بحيث لا يضر تقديمهم على المقيمين قدّمهم ، لأنهم على جناح السفر ويشتغلون بما يصلح للرحيل ، وقد خفف الله عنهم الصوم وشطر الصلاة تخفيفاً عنهم ، وفى تأخيرهم ضرر بهم ، فإن شاء أفرد لهم يوماً يفرغ من حوائجهم فيه ، وإن شاء قدمهم من غير إفراد يوم لهم . فإن كانوا كثيراً بحيث يضر تقديمهم فهم والمقيمون سواء ، لأن تقديمهم مع القلة إنما كان لدفع الضرر المختص بهم ، فإذا آل دفع الضرر عنهم إلى الضرر بغيرهم تساووا . ولا خلاف فى أكثر هذه الآداب ، وأنها ليست شرطاً فى صحة القضاء ، فلو قدم المسبوق أوقدم الحاضرين أو نحوه كان قضاؤه صحيحاً .

٨٢٨٤ (فصـــل)

وإذا تقدم إليه خصمان ، فإن شاء قال : من المدعى منكما ؟ لأنهما حضرا لذلك ، وإن شاء سكت ويقول القائم على رأسه من المدعى منكما ؟ إن سكتا جميعاً ، ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما تكلم ، لأن فى إفراده بذلك تفضيلا له وتركا للإنصاف .

قال عمر بن قيس : شهدت شريحاً إذا جلس إليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر يشغب غمزه حتى يفرغ المدعى ثم يقول : تكلم ، فإن بدأ أحدهما فادعى فقال خصمه أنا المدعى لم يلتفت الحاكم إليه ، وقال أجب عن دعواه ثم ادّع بعد ما شئت ، فإن ادعيا معاً

فقياس المذهب أن يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعى ، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر وقد تعذر الجمع بينهما فيقرع بينهما ، كالمرأتين إذا زُفّتا فى ليلة واحدة . واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل يرجىء أمرهما حتى يتبين المدعى منهما . وما ذكرناه أولى ، لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم فى القضيتين معاً وإرجاء أمرهما إضرار بهما . وفيما ذكرنا دفع الضرر بحسب الإمكان ، وله نظير فى مواضع من الشرع فكان أولى .

٨٢٨٥ (فصـــل)

ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا فى الوصية والإقرار ، لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه ، فإن اعترف به لزمه ، ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة ، ويفارق الإقرار ، فإن الحق عليه فلا يسقط بتركه إثباته ، وإنما صحت الدعوى فى الوصية مجهولة لأنها تصح مجهولة ، فإنه لو وصى له بشىء أو سهم صح فلا يمكنه أن يدعيها إلا مجهولة كما ثبت ، وكذلك الإقرار لما صح أن يقر بمجهول صح لخصمه أن يدعى عليه أنه أقر له بمجهول .

إذا ثبت هذا فإن كان المدعى أثماناً فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء : الجنس ، والنوع ، والقدر ، فيقول عشرة دنانير بصرية ، وإن اختلفت بالصحاح والمكسرة قال صحاح أو قال مكسرة ، وإن كانت الدعوى فى غير الأثمان وكانت عيناً تنضبط بالصفات كالحبوب والثياب والحيوان احتاج أن يذكر الصفات التى تشترط فى السلم ، وإن ذكر القيمة كان آكد ، إلا أن الصفة تغنى فيه كما تغنى فى العقد .

وإن كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة فلا بد من ذكر قيمتها لأنها لا تنضبط إلا بها ، وإن كان المدعى تالفاً وهو مما له مثل كالمكيل والموزون ادعى مثله وضبطه بصفته .

وإن كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ادعى قيمته لأنها تجب بتلفه ، وإن كان التالف شيئاً محلى بفضة أو بذهب قوّمه بغير جنس حليته ، وإن كان محلى بذهب وفضة قوّمه بما شاء منهما لأنه موضع حاجة ، وإن كان المدعى عقاراً فلا بد من بيان موضعه وحدوده فيدعى أن هذه الدار بحدودها وحقوقها لى وأنها فى يده ظلماً وأنا أطالبه بردها علىّ .

وإن ادعى عليه أن هذه الدار لى وأنه يمنعنى منها صحت الدعوى وإن لم يقل إنها فى يده ، لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن فى يده ، وإن ادعى جراحة لها أرش معلوم كالموضحة من الحر ، جاز أن يدعى الجراحة ولا يذكر أرشها لأنه معلوم ، وإن كانت من عبدٍ أو كانت من حر لا مقدر فيها فلا بد من ذكر أرشها .

وإن ادعى على أبيه دَيناً لم تسمع الدعوى حتى يدعى أن أباه مات وترك فى يده مالا ، لأن الولد لا يلزمه

قضاء دَين والده مالم يكن كذلك ، ويحتاج أن يذكر تركة أبيه ويحررها ويذكر قدرها كما يصنع فى قدر الدَّين . هكذا ذكره القاضى . والصحيح أنه يحتاج إلى ذكر ثلاثة أشياء : تحرير دَينه ، وموت أبيه ، وأنه وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لدَينه . وإن قال ما فيه وفاء لبعض دَينه احتاج أن يذكر ذلك القدر ، والقول قول المدعى عليه فى نفى تركة الأب مع يمينه ، وإن أنكر موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف على نفى العلم ، لأنه على نفى فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ، ويكفيه أن يحلف أن ما وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء حقه ولا شىء منه ، ولا يلزمه أن يحلف أن أباه لم يخلف شيئاً ، لأنه قد يخلف تركة فلا تصل إليه فلا يلزمه الإيفاء منه ، فإن لم يحسن المدعى تحرير الدعوى فهل للحاكم أن يلقنه تحريرها ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يجوز ، لأنه لا ضرر على صاحبه فى ذلك .

والثانى : لا يجوز لأن فيه إعانة أحد الخصمين فى حكومته .

٨٢٨٦ (فصــــــــل)

إذا حرر المدعى دعواه ، فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب منه المدعى ذلك ، لأن شاهد الحال يدل عليه لأن إحضاره والدعوى[1] إنما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد أغنى ذلك عن سؤاله فيقول لخصمه ما تقول فيما يدعيه ؟ فإن أقر لزمه ، وليس للحاكم أن يحكم عليه إلا بمسألة المقر له ، لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقه ، هكذا ذكر أصحابنا .

ويحتمل أن يجوز له الحكم عليه قبل مسألة المدعى ، لأن الحال تدل على إرادته ذلك فاكتفى بها كما اكتفى بها فى مسألة المدعى عليه الجواب ، ولأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه ، فعلى هذا يجوز له الحكم قبل مسألته .

وعلى القول الأول إن سأله الخصم فقال : احكم لى حكم عليه ، والحكم أن يقول قد ألزمتك ذلك ، أو قضيت عليك له ، أو يقول : اخرج له منه ، فمتى قال له أحد هذه الثلاثة كان حكماً بالحق ، وإن أنكر فقال لا حق لك قبلى ، فهذا موضع البينة . قال الحاكم ألك بينة ؟ لما روى « أن رجلين اختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم حضرمى وكندى ، فقال الحضرمى :يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لى[2] ، فقال

---

(١) أى : وتحرير الدعوى (ف)

(٢) انظر مسلم فى صحيحه ج ١ ص ١٢٣ عن علقمة بن وائل عن أبيــه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : يارسول الله إن هذا قد غلبنى على أرض لى كانت لأبى فقال=

الـكندى : هى أرضى وفى يدى وليس له فيها حق ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه » وهو حديث حسن صحيح .

وإن كان المدعى عارفاً بأنه موضع البينة ، فالحاكم مخير بين أن يقول : ألك بينة ؟ وبين أن يسكت، فإذا قال له ألك بينة ؟ وذكر أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم أحضرها ، لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى ، وإذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعى ذلك ، لأنه حق له فلا يسأله ولا يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها إن شاء ، ولا يقول لها أشهدا لأنه أمر .

وكان شريح يقول للشاهدين: ما أنا دعوتـكما ولا أنهاكما أن ترجعا، وما يقضى على هذا المسلم غيركما، وإنى بكما أقضى اليوم، وبكما أتقى يوم القيامة .

وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب رد شهادتهما ردها كما روى عن شريح أنه شهد عنده شاهد وعليه قَبَاءٌ مخروط الـكُمَّين[1] ، فقال له شريح أتحسن أن تَوَضَّأ ؟ قال : نعم ، قال : فاحْسِرْ عن ذراعيك[2] ، فذهب يَحْسِرُ عنهما فلم يستطع ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك .

وإن أدَّيا الشهادة على غير وجهها ، مثل أن يقولا بلغنا أن عليـــه ألفاً ، أو سمعنا ذلك ردت شهادتهما .

وشهد رجل عند شريح فقال : أشهد أنه اتـكأ عليه بمرفقه حتى مات ، فقال شريح : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه اتـكأ عليه بمرفقه حتى مات ، قال : أتشهد أنه قتله ؟ قال: أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات ، قال : قم لا شهادة لك .

وإن كانت شهادة صحيحة ، وعرف الحاكم عدالتهم قال للمشهود عليه قد شهدا عليك ، فإن كان عندك ما يقدح فى شهادتهما فبينه عندى ، فإن سأل الإنظار أنظره اليومين والثلاثة ، فإن لم يجرح حكم عليه،لأن الحق قد وضح على وجه لا إشكال فيه . وإن ارتاب بشهادتهم فرّقهم فسأل كل واحد عن شهادته ، صفتها، فيقول: كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تـكتب وفى أى مكان شهدت ؟ وفى أى شهر ؟ وأى

= الـكندى : هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق ، فقال رسـول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينه؟ قال : لا. قال : فلك يمينه : قال : يارسول الله إن الرجل فاجر لايبالى على ماحلف عليه وليس يتورع من شىء، فقال : ليس لك منه إلا ذلك . فانطلق ليحلف ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر : أما لئن حلف على ماله ليأ كله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض . (ف)

(١) مخروط الـكمين : ضيق الـكمين (ف) (٢) احسر عن ذراعيك : اكشفهما (ف)

يوم ؟ وهل كنت وحدك أو معك غيرك ؟ فإن اختلفوا سقطت شهادتهم ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم . ويقال أول من فعل هذا دانيال ، ويقال فعله سليمان وهو صغير .

وروى عن على رضى الله عنه أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم ، فأتت زوجته عليًّا ، فدعا الستة فسألهم عنه فأنكروا ، ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية ووكل به من يحفظه ، ودعا واحداً منهم فسأله فأنكر ، فقال : الله أكبر ، فظن الباقون أنه قد اعترف ، فدعاهم فاعترفوا ، فقال للأول : قد شهدوا عليك وأنا قاتلك ، فاعترف ، فقتلهم .

وإن لم يعرف عدالتهما بحث عنها ، فإن لم تثبت عدالتهما قال للمدعى : زدنى شهوداً ، وإن لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن لك يمينه وليس للحاكم أن يستحلفه قبل مسألة المدعى ، لأن اليمين حق له فلم يجز استيفاؤها من غير مطالبة مستحقها كنفس الحق ، فإن استحلفه من غير مسألة أو بادر المنكر فحلف لم يعتد بيمينه ، لأنه أتى بها فى غير وقتها . وإذا سألها المدعى أعادها له ، لأن الأولى لم تكن يمينه .

وإن أمسك المدعى عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد إحلافه بالدعوى المتقدمة جاز ، لأنه لم يسقط حقه منها وإنما أخرها .

وإن قال : أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى، وله أن يستأنف الدعوى ،لأن حقه لا يسقط بالإبراء من اليمين . فإن استأنف الدعوىفأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه ، لأن هذه الدعوى غير الدعوىالتى أبرأه فيها من اليمين ، فإنحلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعى أن يحلفه يميناً أخرى ، لا فى هذا المجلس ولا فى غيره .

وإن كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحد جاز وسقطت دعواهم باليمين لأنها حقهم ، ولأنه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة .

قال القاضى : ويحتمل أن لايصح حتى يحلف لكل واحد يميناً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن اليمين حجة فى حق الواحد ، فإذا رضى بها اثنان صارت الحجة فى حق كل واحد منهما ناقصة ، والحجة الناقصة لاتكمل برضى الخصم ، كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد . والصحيح الأول ، لأن الحق لهما ، فإذا رضيا به جاز ، ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين ، كما أن الحقوق إذا قامت بها بينة واحدة لايكون لكل حق بعض البينة . فأما إن حلفه لجميعهم يميناً واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعلمه .

وقد حكى الاصطخرى أن اسماعيل بن إسحاق القاضى حلف رجلا بحق لرجلين يميناً واحدة ، فخطأه أهل عصره .

وإن قال المدعى : لى بينة غائبة،قال له الحاكم لك يمينه فإن شئت فاستحلفه ، وإن شئت أخرته إلى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولاملازمته حتى تحضر البينة ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك »[1] فإن أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن مزيلة للحق ، لأن اليمين إنما يصار إليها عند عدم البينة ، فإذا وجدت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها . وإن قال لى بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتى لم يملك ذلك . وقال أبو يوسف : يستحلفه وإن نكل قضى عليه ، لأن فى الاستحلاف فائدة وهو أنه ربما نكل فقضى عليه فأغنى عن البينة .

ولنا : قوله عليه السلام « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وأو للتخيير بين شيئين ، فلا يكون له الجمع بينهما ، ولأنه أمكن فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها مع إرادة المدعى إقامتها وحضورها ، كما لو لم يطلب يمينه ، ولأن اليمين بدل ، فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع مبدلاتها .

وإن قال المدعى : لاأريد إقامتها ، وإنما أريد يمينه اكتفى بها استحلف لأن البينة حقه ، فإذا رضى بإسقاطها وترك إقامتها فله ذلك كنفس الحق ، فإن حلف المدعى عليه ثم أراد المدعى إقامة بينته فهل يملك ذلك ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : له ذلك ، لأن البينة لاتبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة .

والثانى : ليس له ذلك ، لأنه قد أسقط حقه من إقامتها . ولأن تجويز إقامتها يفتح باب الحيلة ، لأنه يقول لاأريد إقامتها ليحلف خصمه ثم يقيمها . فإن كان له شاهد واحد فى الأموال عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق ، فإن قال : لاأحلف أنا وأرضى بيمينه استحلف له ، فإذا حلف سقط الحق عنه فإن عاد المدعى بعدها فقال : أنا أحلف مع شاهدى لم يستحلف ولم يسمع منه . ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى ، لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة ، وإن عاد قبل أن يحلف المدعى عليه فبذل اليمين فقال القاضى : ليس له ذلك فى هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف المدعى عليه ، فإن الحاكم يقول له إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك ثلاثاً ، فان حلف وإلا حكم عليه بنكوله إذا سأله المدعى ذلك ، فإن سكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك ناكلا . ذكره القاضى فى المجرد .

---

(١) عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئرفاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : «شاهداك أو يمينه فقلت : إنه إذن يحلف ولا يبالى، فقال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخارى ومسلم (ف)

وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وحكمت عليك ، ويكرر ذلك عليه فإن أجاب وإلا جعله ناكلا وحكم عليه ، لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين .

٨٢٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإذا حكم على رجل فى عمل غيره فكتب بإنفاذ القضاء عليه إلى قاضى ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق) .

ثم الأصل فى كتاب القاضى إلى القاضى والأمير إلى الأمير الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (إِنِّى أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ * إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ * أَلَّا تَعْلُوا عَلَيَّ وَأْتُونِي مُسْلِمِينَ)[١] .

وأما السنة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى وقيصر والنجاشى وملوك الأطراف ،وكان يكتب إلى ولاته ويكتب لعماله وسعاته،وكان فى كتابه إلى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم،من محمدرسول الله إلى قيصر عظيم الروم ، أما بعد ، فأسلم تسلم ، وأسلم يؤتك الله أجراً عظيما ، فإن توليت فإن عليك إثم الأريسيين ، ويأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم »[٢] .

وروى الضَّحَّاكُ بن سُفْيَان قال : كتب إلىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أَشْيَمَ الضِّبَابِيّ من دية زوجها[٣] .

وأجمعت الأمة على كتاب القاضى إلى القاضى ، ولأن الحاجة إلى قبوله داعية ، فإن من له حق فى بلد غير بلده ولا يمكنه إتيانه والمطالبة به إلا بكتاب القاضى فوجب قبوله .

---

(١) سورة النمل الآيات ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١

(٢) نص كتابه إلى قيصر كما فى صحيح البخارى عن ابن عباس « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم، سلام على من اتبع الهدى، أما بعد فإنى أدعوك بدعاية الإسلام . أسلم تسلم يؤتك الله أجرك مرتين، فإن توليت فإن عليك إثم اليريسيين و (يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون)

دعاية الإسلام : مصدر بمعنى اسم الفاعل أى بداعية الإسلام التى لايصح بدونها وهى الشهادتان

اليريسيين : يعنى الفلاحين والمراد أهل مملكته

كلمة سواء : يستوى فى الدعوة إليها القرآن والإنجيل والتوراة (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه ، ورواه مالك وزاد من رواية ابن شهاب عن عمر . قال ابن شهاب وكان قتل أشيم خطأ ، موطأ مالك ج ٢ ص ١٩٠ (ف)

وإذا ثبت هذا فإن كتاب القاضى يقبل فى الأموال وما يقصد به المال ولا يقبل فى الحدود كحق الله تعالى ، وهل يقبل فيما عدا هذا ؟ على وجهين ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال أصحاب الشافعى : يقبل فى كل حق لآدمى من الجراح وغيرها ، وهل يقبل فى الحدود التى لله تعالى ؟ على قولين ، وتمام الكلام فى هذا الفصل يذكر فى الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى ، والكتاب على ضربين :

أحدهما : أن يكتب بما حكم به ، وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيغيب قبل إيفائه ، أو يدعى حقاً على غائب ويقيم به بينة ، ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه ، ويسأله أن يكتب له كتاباً يحمله إلى قاضى البلد الذى فيه الغائب ، فيكتب له إليه ، أو تقوم البينة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه ، فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه ، وأن يكتب له كتاباً بحكمه . فنى هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم إجابته إلى الكتابة ، ويلزم المكتوب إليه قبوله ، سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة ، حتى لو كانا فى جانبى بلد أو مجلس لزمه قبوله وإمضاؤه ، سواء كان حكماً على حاضر أو غائب ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم .

الضرب الثانى : أن يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان ، مثل أن تقوم البينة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به ، فيسأله صاحب الحق أن يكتب له كتاباً بما حصل عنده ، فإنه يكتب له أيضاً . قال القاضى : ويكون فى كتابه : شهد عندى فلان وفلان بكذا وكذا ، ليكون المكتوب إليه هو الذى يقضى به ، ولا يكتب ثبت عندى ، لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما ، فهذا لا يقبله المكتوب إليه إلا فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ، ولا يقبله فيما دونها ، لأنه نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر فى الشهادة على الشهادة ، ونحو هذا قول الشافعى .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يقبله فى بلده وحكى عن أبى حنيفة مثل هذا . وقال بعض المتأخرين من أصحابه : الذى يقتضيه مذهبه أنه لا يجوز ذلك فى الشهادة على الشهادة. واحتج من أجازه بأنه كتاب الحاكم بما ثبت عنده ، فجاز قبوله مع القرب ككتابه بحكمه .

ولنا : أن ذلك نقل الشهادة إلى المكتوب إليه ، فلم يجز مع القرب كالشهادة على الشهادة ، ويفارق كتابه بالحكم ، فإن ذلك ليس بنقل وإنما هو خبر ، وكل موضع يلزمه قبول الكتاب فإنه يأخذ المحكوم عليه بالحق الذى حكم عليه به ، فيبعث إليه فيستدعيه ، فإن اعترف بالحق أمره بأدائه وألزمه إياه ، وإن قال: لست المسمى فى هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المدعى بينة أنه المسمى فى الكتاب . وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته إلا أن الحق ليس هو عليه ، إنما هو على آخر يشاركه فى الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول المدعى فى نفى ذلك ، لأن الظاهر عدم المشارك فى هذا كله . فإن أقام

المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له فى هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ألزمه به وتخلص الأول ، وإن أنكره وقف الحكم وكتب إلى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الإشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بمايتميز به المشهود عليه منهما .

وإن ادعى المسمى أنه كان فى البلد من يشاركه فى الاسم والصفة وقد مات نظرنا ، فإن كان موته قبل وقوع المعاملة التى وقع الحكم بها ، أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه أو المحكوم له لم يقع إشكال وكان وجوده كعدمه ، وإن كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الإشكال كما لو كان حياً ، لجواز أن يكون الحق على الذى مات .

٨٢٨٨ (فصـــل)

وإذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو إقرار بدَين جاز ، وحكم به المكتوب إليه ، وأخذ المحكوم عليه به . وإن كان ذلك عيناً كعقار محدود أو عين مشهودة لا تشتبه بغيرها ، كعبد معروف مشهور ، أو دابة كذلك حكم به المكتوب إليه أيضاً وألزم تسليمه إلى المحكوم له به . وإن كان عيناً لا تتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهود أو غيره من الأعيان التى لا تتميز إلا بالوصف ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل كتابه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن الوصف لا يكفى بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية ، كذلك المشهود به .

والثانى : يجوز ، لأنه ثبت فى الذمة بالعقد على هذه الصفة ، فأشبه الدَّين ، ويخالف المشهود له فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه . ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية ، فكذلك المشهود به .

فعلى هذا الوجه : ينفذ العين مختومة ، وإن كان عبداً أو أمة ختم فى عنقه وبعثه إلى القاضى الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه ، فإن شهدا عليه دفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه ، أو قال المشهود به غير هذا وجب على آخذه رده إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكم المغصوب فى ضمانه وضمان نقصه ومنفعته فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه إلى أن يصل إلى صاحبه ، لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

٨٢٨٩ (فصـــل)

ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقال للحاكم عليه اكتب لى محضراً بما جرى لئلا يلقانى خصمى فى موضع آخر فيطالبنى به مرة أخرى ، ففيه وجهان :

أحدهما : تلزمه إجابته ليخلص من المحذور الذى يخافه .

والثانى : لا تلزمه لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به ، فأما استئناف ابتداء فيكفيه فيه الإشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق ، لأن الحق ثبت عليه بالشهادة ، والأول أصح ، لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر ، فأشبه ماحكم به ابتداء ، وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذى ثبت به الحق لم يلزمه دفعه إليه ، لأنه ملكه فلا يجب عليه دفعه إلى غيره ، وكذلك كل من له كتاب بدين فاستوفاه ، أو عقار فباعه لا يلزمه دفع الكتاب لأنه ملكه ، ولأنه يجوز أن يخرج ماقبضه مستحقاً فيعود إلى ماله .

٨٢٩٠ (فصـــــل)

ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى قاضى مصر ، وإلى قاضى قرية . ومن قاضى قرية إلى قاضى قرية، وقاضى مصر . ومن القاضى إلى خليفته ، ومن خليفته إليه ،لأنه كتاب من قاض إلى قاض، فأشبه مالو استويا .

ويجوز أن يكتب إلى قاض معين ، وإلى من وصله كتابى من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله ، وبهذا قال أبو ثور واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكتب إلى غير معين .

ولنا : أنه كتاب حاكم من ولايته وصل إلى حاكم فلزمه قبوله ، كما لو كان الكاتب إليه بعينه .

٨٢٩١ (فصـــــل)

وصفة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ،أنه ثبت عندى فى مجلس حكمى وقضائى الذى أتولاه بمكان كذا ، وإن كان نائباً قال الذى أنوب فيه من القاضى فلان ، بمحضر من خصمين مدع ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البينة من أحدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندى ، عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلانى بعينه واسمه ونسبه . فإن كان فى إثبات أمر أسير قال : وإن الفرنج خذلهم الله أسروه بمكان كذا فى وقت كذا وأخذوه إلى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطتهم أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ليس له شىء من الدنيا، ولا يقدر على فكاك نفسه ولا على شىء منه ، وأنه مستحق للصدقة على مايقتضيه كتاب المحضر المشار إليه المتصل أوله بآخر كتابى هذا المؤرخ بكذا .

وإن كان فى إثبات دين كتب : وأنه استحق فى ذمة فلان بن فلان الفلانى ، ويرفع فى نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحقاً واجباً لازماً ، وأنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه .

وإن كان فى إثبات عين كتب : وأنه مالك لما فى يدى فلان من الشىء الفلانى ، ويصفه صفة يتميز بها ، مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابى هـذا المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران إنهما بما شهدا به عالمان وله محققان ، وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندى ، فأمضيت ما ثبت عندى من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسألته ، وسألنى من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة إجابته المكاتبة بذلك إلى القضاة والحكام فأجبته إلى ماتمسه لجوازه له شرعاً ، وتقدمت بهذا الكتاب فكتب ، وبإلصاق المحضر المشار إليه فألصق ، فمن وقف عليه منهم وتأمل ما ذكرته وتصفح ما سطرته واعتمد فى إنفاذه والعمل بموجب ما يوجبه الشرع المطهر أحرز من الأجر أجزله ، وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا فى وقت كذا .

ولا يشترط أن يذكر القاضى اسمه فى العنوان ولا ذكر اسم المكتوب إليه فى باطنه ،وبهذاقال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا لم يذكر اسمه فلا يقبل ، لأن الكتاب ليس إليه ، ولا يكفى ذكر اسمه فى العنوان دون باطنه ، لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة .

ولنا : أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على القاضى الكاتب بالحكم ، وذلك لا يقدح فيها ولو ضاع الكتاب أو امتحى سمعت شهادتهما وحكم بها .

٨٢٩٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين يقولان: قرأه علينا ، أو قرىء عليه بحضرتنا ، فقال اشهدا علىّ أنه كتابى إلى فلان ﴾ .

وجملته : أنه يشترط لقبول كتاب القاضى شروط ثلاثة :

أحدها : أن يشهد به شاهدان عدلان ، ولا يكفى معرفة المكتوب إليه خط الكاتب وختمه ، ولا يجوز له قبوله بذلك فى قول أئمة الفتوى . وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا : إذا كان يعرف خطه وختمه قبله ، وهو قول أبى ثور والاصطخرى . ويتخرج لنا مثله بناء على قوله فى الوصية إذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين .

ولنا : أن ما أمكن إثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كإثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ، ويمكن الرجوع إلى الشهادة فلم يعول على الخط ، كالشاهد لا يعوّل فى الشهادة على الخط ، وفى هذا انفصال عما ذكروه .

إذا ثبت هذا : فإن القاضى إذا كتب الكتاب دعا رجلين يخرجان إلى البلد الذى فيه القاضى المكتوب إليه ، فيقرأ عليهما الكتاب أو يقرؤه غيره عليهما، والأحوط أن ينظرا معه فيما يقرؤه،فإن لم ينظرا جاز لأنه .

لا يستقرأ إلا ثقة ، فإذا قرئ عليهما قال اشهدا علىّ أن هذا كتابي إلى فلان ، وإن قال : اشهدا علىّ بما فيـه كان أولى ، وإن اقتصر على قوله : هذا كتابي إلى فلان ، فظاهر كلام الخرقي أنه لا يجزيء ، لأنه يحملهما الشهادة فاعتبر فيه أن يقول : اشهدا علىّ كالشهادة على الشهادة .

وقال القاضي : يجزيء ، وهو مذهب الشافعي ، ثم إن كان ما في الـكتاب قليلا اعتمد على حفظه ، وإن كثر فلم يقدرا على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتـكون معه يذكر بها ما يشهد به ويقبضان الـكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع إليهما غيره ، فإذا وصل الـكتاب معهما إليه قرأه الحاكم أو غيره عليهما ، فإذا سمعاه قالا نشهد أن هذا كتاب فلان القاضي إليك أشهدنا على نفسه بمافيه ، لأنه قد يكون كتابه غير الذي أشهدهما عليه .

قال أبو الخطاب : ولا يقبل إلا أن يقولا : نشهد أن هذا كتاب فلان ، لأنها أداء شهادة فلابد فيها من لفظ الشهادة . ويجب أن يقولا : من عمله ، لأن الـكتاب لا يقبل إلا إذا وصل من مجلس عمله ، وسواء وصل الكتاب مختوماً أو غير مختوم ، مقبولا أو غير مقبول ، لأن الاعتماد على شهادتهما لاعلى الخط والختم . فإن امتحى الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما أن يشهدا بذلك ، وإن لم يحفظا ما فيه لم تمكنهما الشهادة .

وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يقبل الـكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضي .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب[1] كتاباً إلى قيصر ولم يختمه ، فقيل له إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم . واقتصاره على الـكتاب دون الختم دليل على أن الختم ليس بشرط في القبول ، وإنما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ليقرءوا كتابه ، ولأنهما شهدا بما في الـكتاب وعرفا ما فيه فوجب قبوله كالو وصل مختوماً وشهدا بالختم .

إذا ثبت هذا : فإنه إنما يعتبر ضبطهما لمعنى الـكتاب وما يتعلق به الحكم .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم شهدوا على صحيفة ، وبعضهم ينظر فيها وبعضهم لا ينظر ، قال : إذا حفظ فليشهد ، قيل كيف يحفظ وهو كلام كثير ؟ قال : يحفظ ما كان عليه الـكلام والوضع . قلت يحفظ المعنى ؟ قال : نعم ، قيل له : والحدود والثمن وأشباه ذلك ؟ قال : نعم . ولو أدرج الـكتاب وختمه وقال هـذا كتابي اشهدا علىّ بما فيه ، أو قد أشهدتـكما على نفسي بما فيه لم يصح هذا التحمل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

---

(١) في صحيح البخاري عن أنس بن مالك قال : «لما أراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الروم قالوا إنهم لا يقرءون كتاباً إلا مختوماً فاتخذ النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً من فضة كأني أنظر إلى وبيصه ، ونقشه محمد رسول الله» أنظر البخاري ج ٩ ص٨٣ ، ٨٤ . الوبيص : البريق . (ف)

وقال أبو يوسف : إذا ختمه بختمه وعنوانه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجاً ، فإذا وصل الكتاب شهدا عنده أنه كتاب فلان،ويتخرج لنا مثل هذا،لأنهما شهدا بما فى الكتاب فجاز وإن لم يعلما تفصيله ، كما لو شهدا لرجل بما فى هذا الكيس من الدراهم جازت الشهادة وإن لم يعرفا قدرها .

ولنا : أنهما شهدا بمجهول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما، كما لو شهدا أن لفلان على فلان مالاً . وفارق ما ذكره ، فإن تعيينه الدراهم التى فى الكيس أغنى عن معرفة قدرها ، وهاهنا الشهادة على ما فى الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه .

الشرط الثانى : أن يكتبه القاضى من موضع ولايته وحكمه ، فإن كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله ، لأنه لا يسوغ له فى غير ولايته حكم ، فهوفيه كالعامى .

الشرط الثالث : أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه فى موضع ولايته، فإن وصله فى غيره لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترافع إليه خصمان فى غير موضع ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته إلا أن يتراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضى إذا تراضيا به . وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا ، ولو ترافع إليه خصمان وهو فى موضع ولايته من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما ، لأن الاعتبار بموضعهما ،إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ،ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ، لأن الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفقها .

٨٢٩٣ ﴿ فصــــل ﴾

فى تغيير حال القاضى

ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه أوحالها معاً،فإن تغيرت حال الكاتب بموت أو عزل بعد أن كتب الكتاب وأشهد على نفسه لم يقدح فى كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة: لا يعمل به فى الحالين .

وقال أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده عمل به ، لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة ، لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما .

ولنا : أن المعوّل فى الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يمت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت

عنده بشهادةفهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل ، وماذكروه حجة عليهم ، لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعاً من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها كموت شاهدى الأصل .

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته لم يجز الحكم به ، لأن حكمه بعد فسقه لا يصح ، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ، ولأن بقاء عدالة شاهدى الأصل شرط فى صحة الحكم بشاهدى الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم ، لأنه بمنزلة شاهدى الأصل . فإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير كما لو حكم بشىء ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه ، كذا هاهنا .

وأما إن تغيرت حال المكتوب إليه بأى حال كان من موت أو عزل أو فسق ، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ، وبه قال الحسن ، حكى عنه أن قاضى الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضى البصرة كتاباً فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به .

وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يعمل به ، لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه ، وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

ولنا : أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الأول أو ثبوت الشهادة عنده ، وقد شهدا عند الثانى فوجب أن يقبل كالأول .

وقولهم : إنه شهادة عند الذى مات ليس بصحيح ، فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ، ولو كان فرعاً لم يقبل وحده ، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه وقد أدّيا الشهادة عند المتجدد ، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه قبل ، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب . وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه فى حال حياته ، وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وإن كان المكتوب إليه خليفة الكاتب ، فمات الكاتب أو عزل انعزل المكتوب إليه ، لأنه نائب عنه فينعزل بعزله وموته ، كوكلائه . وقال بعض أصحاب الشافعى : لا ينعزل خليفته ، كما لا ينعزل القاضى الأصلى بموت الإمام ولا عزله .

ولنا ماذكرناه ، ويفارق الإمام ، لأن الإمام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين ، فلم يبطل ما عقده لغيره ، كما لومات الولى فى النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للإمام أن يعزل القاضى من غير تغير حاله ، ولا ينعزل إذا عزله بخلاف نائب الحاكم فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائباً عنه فملك عزله ، ولأن القاضى لو انعزل بموت الإمام لدخل الضرر على المسلمين ، لأنه يفضى إلى عزل القضاة فى جميع بلاد المسلمين وتتعطل الأحكام ، وإذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لأنه حينئذ ليس بقاض .

٨٢٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا تقبل الترجمة عن أعجمى تحاكم إليه إذا لم يعرف لسانه إلا من عدلين يعرفان لسانه ﴾ .

وجملته : أنه إذا تحاكم إلى القاضى العربى أعجميان لايعرف لسانهما ، أو أعجمى وعربى ، فلابد من مترجم عنهما . ولا تقبل الترجمة إلا من اثنين عدلين .

وبهذا قال الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد ، وهو اختيار أبى بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبى حنيفة . وقال ابن المنذر فى حديث زيد بن ثابت[1] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب يهود ، قال : فكنت أكتب له إذا كتب إليهم ، وأقرأ له إذا كتبوا ، ولأنه مما لا يفتقر إلى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كأخبار الديانات .

ولنا : أنه نقل ما خفى على الحاكم إليه فيما يتعلق بالمتخاصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ، ويفارق أخبار الديانات فإنها لاتتعلق بالمتخاصمين . ولا نسلم أنه لايعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه ، فإذا ترجم له كان كنقل الإقرار إليه من غير مجلسه ، ولا يقبل ذلك إلا من شاهدين ، كذا هاهنا ، فعلى هذه الرواية : تكون الترجمة شهادة تفتقر إلى العدد والعدالة ، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر فى الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تعتبر الحرية فيه ، وإن كان فى حد زنا خرج فى الترجمة فيه وجهان :

أحدهما : لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول .

والثانى : يكفى فيه اثنان ، بناء على الروايتين فى الشهادة على الإقرار به ، ويعتبر فيه لفظ الشهادة ، لأنه شهادة ، وإن قلنا : يكفى فيه واحد فلابد من عدالته ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق ، وتقبل من العبد لأنه من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تقبل من العبد لأنه ليس من أهل الشهادة .

ولنا : أنه خبر يكفى فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ، ولا نسلم أن هذا شهادة ، ولا أن العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية ، وعلى هذا الأصل ينبغى أن تقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة .

---

(١) فى البخارى ج ٩ ص ٩٤ « عن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب اليهود حتى كتبت للنبى صلى الله عليه وسلم كتبه وأقرأته كتبهم إذا كتبوا إليه » ، وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذى . (ف)

٨٢٩٥ (فصـــل)

والحـكم فى التعريف والرسالة والجرح والتعديل كالحـكم فى الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها . ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ، وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى .

٨٢٩٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عزل فقال : كنت حكمت فى ولايتى لفلان على فلان بحق قبل قوله وأمضى ذلك الحق ﴾ .

وبهذا قال إسحاق : قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يقبل قوله ، وقول القاضى فى فروع هذه المسألة يقتضى أن لا يقبل قوله هاهنا . وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن من لا يملك الحكم لا يملك الإقرار به ، كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ، ثم اختلفوا ، فقال الأوزاعى وابن أبى ليلى : هو بمنزلة الشاهد إذا كان معه شاهد آخر قبل . وقال أصحاب الرأى : لا يقبل إلا شاهدان سواه يشهدان بذلك . وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل .

ولنا : أنه لو كتب إلى غيره ثم عزل ووصل الـكتاب بعد عزله لزم المكتوب إليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه ، فـكذلك هاهنا ، ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم ، فيجب قبوله كحال ولايته.

٨٢٩٧ (فصـــل)

فأما إن قال فى ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا ، قُبل قوله سواء قال : قضيت عليه بشاهدين عدلين، أو قال سمعت بينته وعرفت عدالتهم ، أو قال : قضيت عليه بنكوله ، أو قال : أقر عندى فلان لفلان بحق فحـكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو يوسف . وحكى عن محمد بن الحسن : أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل ، لأنه فيه إخباراً بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة .

ولنا : أنه يملك الحـكم فملك الإقرار به ، كالزوج إذا أخبر بالطلاق، والسيد إذا أخبر بالعتق ، ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحـكم به قُبل ، كذا هاهنا ، وفارق الشهادة ، فإن الشاهد لا يملك إثبات ما أخبر به . فأما إن قال : حكمت بعلمى أو بالنـكول ، أو بشاهد ويمين فى الأموال فإنه يقبل أيضاً . وقال الشافعى : لا يقبل قوله فى القضاء بالنـكول ، وينبنى قوله : حكمت عليه بعلمى على القولين فى جـــواز القضاء بعلمه ، لأنه لا يملك الحـكم بذلك ، فلا يملك الإقرار به .

ولنا : أنه أخبر بحـكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التى تقدمت ، ولأنه حاكم أخبر بحـكمه فى ولايته فوجب قبوله كالذى سلمه ، ولأن الحاكم إذا حـكم فى مسألة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره إمضاؤه والعمل به ، فصار بمنزلة الحـكم بالبينة العادلة ، ولا نسلم ما ذكره . وإن قال : حكمت لفلان على فلان بكذا ، ولم يضف حكمه إلى بينة ولا غيرها ، وجب قبوله ،

وهو ظاهر مسألة الخرقى ، فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

٨٢٩٨ (فصــــــل)

وإذا أخبر القاضى بحكمه فى غير موضع ولايته ، فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول وخبره نافذ ، لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها فى غير موضع ولايته أولى . وقال القاضى : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع قاضيان فى غير ولايتهما كقاضى دمشق وقاضى مصر اجتمعا فى بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله لأنه خبر من ليس بقاض فى موضعه . وإن كانا جميعاً فى عمل أحدهما كأنهما اجتمعا جميعاً فى دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضى مصر ، لأنه يخبره به فى غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر بما أخبره به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان : بناء على القاضى : هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ، لأن قاضى دمشق أخبره به فى عمله . ومذهب الشافعى فى هذا كقول القاضى هاهنا.

٨٢٩٩ (فصــــل)

إذا ولّى الإمام قاضياً ثم مات لم ينعزل ، لأن الخلفاء رضى الله عنهم وَلّوْا حكاماً فى زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم ، ولأن فى عزله بموت الإمام ضرراً على المسلمين ، فإن البلدان تتعطل من الحكام وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكماً ، وفيه ضرر عظيم ، وكذلك لا ينعزل القاضى إذا عزل الإمام لما ذكرنا . فأما إن عزله الإمام الذى ولاه أو غيره ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينعزل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه عقده لمصلحة للمسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله ، كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه .

والثانى : له عزله ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولينّ رجلا إذا رآه الفاجر فَرَقه ، فعزله عن قضاء البصرة ، وولى كعب بن سوار مكانه ، وولى علىٌّ رضى الله عنه أبا الأسود ثم عزله ، فقال : لِمَ عزلتنى وما خنت ولا جنيت؟ فقال : إنى رأيتك يعلو كلامك على الخصمين ، ولأنه يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان ، فكذلك قضاته .

وقد كان عمر رضى الله عنه يولى ويعزل ، فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته فى الشام ، وولى

معاوية ، فقال له شرحبيل : أمن جبن عزلتنى أو خيانة ؟ قال : من كلٍّ لا ، ولكن أردت رجلا أقوى من رجل . وعزل خالد بن الوليد وولى أبا عبيدة . وقد كان يولى بعض الولاة الحكم مع الإمارة ، فولى أبا موسى البصرة قضاءها وإمرتها ، ثم كان يعزلهم هو ، ومن لم يعزله عزله عثمان بعده إلا القليل منهم ، فعزلُ القاضى أولى ، ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله، لأن فيه ضرراً وهاهنا لا ضرر فيه، لأنه لا يعزل قاضياً حتى يولى آخر مكانه ، ولهذا لا ينعزل الوالى بموت الإمام وينعزل بعزله ، وقد ذكر أبو الخطاب فى عزله بالموت أيضاً وجهين ، والأولى إن شاء الله تعالى ما ذكرناه .

فأما إن تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القضاء ، أو اختل فيه بعض شروطه فإنه ينعزل بذلك ويتعين على الإمام عزله وجهاً واحداً .

٨٣٠٠ ﴿ فصــــل ﴾

وللإمام تولية القضاء فى بلده وغيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ولى عمر بن الخطاب القضاء ، وولى علياً ومعاذاً . وقال عثمان بن عفان لابن عمر : إن أباك قد كان يقضى وهو خير منك ، قال : إن أبى قد كان يقضى وإن أشكل عليه شىء سأل عنه رسولَ الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث[1] . رواه عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة .

وروى سعيد[2] فى سننه عن عمرو بن العاص قال «جاء خصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لى : يا عمرو اقض بينهما ، قلت : أنت أولى بذلك منى يارسول الله ، قال : إن أصبت القضاء بينهما فلك

---

(١) روى نافع عن ابن عمر قال لعثمان : لا أقضى بين رجلين ، قال : فإن أباك كان يقضى، فقال : إن أبى لو أشكل عليه شىء سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو أشكل على رسول الله صلى الله عليه وسلم شىء سأل جبريل عليه السلام وإنى لا أجد من أسأله، وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من عاذ بالله فقد عاذ بعظيم، وسمعته يقول: من عاذ بالله فأعيذوه ، وإنى أعوذ بالله أن تجعلنى قاضياً فأعفاه وقال : لا تخبر أحداً — ذكره رزين — وهو فى جامع الأصول. وفى الترمذى ج ١ ص ٢٤٨ « عن عبد الله بن موهب أن عثمان قال لابن عمر : اذهب فاقض بين الناس قال : أو تعافينى يا أمير المؤمنين، قال : وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضى؟ قال : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان قاضياً فقضى بالعدل فبالحرى أن ينقلب منه كفافا فما أرجو بعد ذلك » الحرى أن ينقلب منه : أهل لذلك وحقيق به . (ف)

(٢) وأخرجه أيضاً أحمد والطبرانى عن عمرو (ف) .

عشر حسنات ، وإن أخطأت فلك حسنة» وعن عقبة بن عامر مثله[1] ، ولأن الإمام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم ، فإذا ولى قاضياً استحب أن يجعل له أن يستخلف لأنه قد يحتاج إلى ذلك ، فإذا أذن له فى الاستخلاف جاز له بلا خلاف نعلمه ، وإن نهاه عنه لم يكن له أن يستخلف ، لأن ولايته بإذنه فلم يكن له ما نهاه عنه كالوكيل ، وإن أطلق فله الاستخلاف ، ويحتمل أن لا يكون له ذلك ، لأنه يتصرف بالإذن ، فلم يكن له ما لم يأذن فيه كالوكيل . ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان .

ووجه الأول:أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين، فإذا فعله بنفسه أو بغيره جاز ، كما لو أذن له، ويفارق التوكيل ، لأن الإمام يولى القضاء للمسلمين لا لنفسه بخلاف التوكيل ، فإن استخلف فى موضع ليس له الاستخلاف فحكمه حكم من لم يول .

٨٣٠١ (فصــــــــل)

ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر فى خصوص العمل ، فيقلده النظر فى جميع الأحكام فى بلد بعينه ، فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه . ويجوز أن يقلده خصوص النظر فى عموم العمل فيقول : جعلت إليك الحكم فى المداينات خاصة فى جميع ولايتى ، ويجوز أن يجعل حكمه فى قدر من المال نحو أن يقول: احكم فى المائة فما دونها ، فلا ينفذ حكمه فى أكثر منها .ويجوز أن يوليه عموم النظر فى عموم العمل ، وخصوص النظر فى خصوص العمل .

ويجوز أن يولى قاضيين وثلاثة فى بلد واحد ، يجعل لكل واحد عملا ، فيولى أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم فى المداينات ، وآخر النظر فى العقار ، ويجوز أن يولى كل واحد منهم عموم النظر فى ناحية من نواحى البلد ، فإن قلد قاضيين أو أكثر عملا واحداً فى مكان واحد ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز . اختاره أبو الخطاب، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه يؤدى إلى إيقاف الحكم والخصومات ، لأنهما يختلفان فى الاجتهاد ويرى أحدهما مالا يرى الآخر .

والآخر: يجوز ذلك،وهو قول أصحاب أبى حنيفة. وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يجوز أن يستخلف فى البلدة التى هو فيها ، فيكون فيها قاضيان ، فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان ، ولأن الغرض فصل

---

(١) عن عقبة بن عامر قال : «كنت عند النبى صلى الله عليه وسلم يوماً فجاءه خصمان فقال لى : اقض بينهما فقلت : بأبى أنت وأمى يارسول الله أنت أولى،قال : اقض بينهما . قلت : على ماذا يارسول الله ؟ قال : اجتهد فإن أصبت فلك عشر حسنات ، وإن أخطأت فلك حسنة » أخرجه ابن عدى وابن عساكر كما فى منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٤ . (ف)

الخصومات وإيصال الحق إلى مستحقه ، وهذا يحصل، فأشبه القاضى ، ولأنه يجوز للقاضى أن يستخلف خليفتين فى موضع واحد ، فالإمام أولى ، لأن توليته أقوى .

وقولهم : يفضى إلى إيقاف الحكومات غير صحيح ، فإن كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين إليه ، وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده .

٨٣٠٢ (فصـــــل)

وإذا قال الإمام : من نظر فى الحكم من فلان وفلان فقد وليته ، لم تنعقد الولاية لمن نظر ، لأنه علقها على شرط ولم يعين بالولاية أحداً منهم ، ويحتمل أن تنعقد الولاية لمن نظر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد، فإن قُتل فأميركم جعفر، فإن قُتل فأميركم عبد الله بن رواحة[1] » فعلق ولاية الإمارة على شرط فكذلك ولاية الحكم ، وإن قال : وليت فلاناً وفلاناً فأيهما نظر فهو خليفتى ، انعقدت الولاية لمن نظر منهم : لأنه عقد الولاية لهما جميعاً .

٨٣٠٣ (فصـــــل)

ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال (فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ[2]) والحق لا يتعين فى مذهب، وقد يظهر له الحق فى غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفى فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

٨٣٠٤ (فصـــــل)

وإن فوّض الإمام إلى إنسان تولية القضاء جاز ، لأنه يجوز أن يتولى ذلك، فجاز له التوكيل فيه كالبيع ، وإن فوضّ إليه اختيار قاض جاز ، ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده ، كما لو وكله فى الصدقة بمال لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى هذين ، ويحتمل أنه يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية ، لأنهما يدخلان فى عموم من أذن له فى الاختيار منه مع أهليتهما فأشبها الأجانب .

٨٣٠٥ (فصـــــل)

وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه أو بعض رعيته ، فإن عمر حاكم أُبَيّاً إلى زيد ، وحاكم رجل عراقياً إلى شريح، وحاكم علىّ اليهودىّ إلى شريح ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير بن مطعم .

(١) أخرجه البخارى عن ابن عمر . (ف) (٢) سورة ص آية ٢٦ .

فإن عرضت حكومة لوالديه أو ولده أو من لا تقبل شهادته له ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، لأنه لا تقبل شهادته له ، فلم ينفذ حكمه له كنفسه .

والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر ، وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور ، لأنه حكم لغيره أشبه الأجانب .

وعلى القول الأول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الإمام أو حاكم آخر أو بعض خلفائه ، فإن كانت الخصومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجز له الحكم بينهما على أحد الوجهين ، لأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر ، فلم يجز الحكم بينهما كما لو كان خصمه أجنبياً .

وفي الآخر : يجوز ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنهما سواء عنده ، فارتفعت تهمة الميل فأشبها الأجنبيين .

٨٣٠٦ (فصـــل)

وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه ، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما ، جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما ، وبهذا قال أبو حنيفة . وللشافعي قولان : أحدهما : لا يلزمهما حكمه إلا بتراضيهما ، لأن حكمه إنما يلزم بالرضا به ، ولا يكون الرضا إلا بعد المعرفة بحكمه .

ولنا : ما روى أبو شُريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « إن الله هو الحَكَمُ ، فِلمَ تكنى أبا الحَكَم ؟ » قال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ورضي علىّ الفريقان . قال : ما أحسن هذا ، فمن أكبر ولدك ؟ قال : شُرَيحٌ . قال : فأنت أبو شريح » أخرجه النسائي .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون[1] » ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأُبَيّاً تحاكما إلى زيد ، وحاكم عمرُ أعرابياً إلى شريح قبل أن يوليه ، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ، ولم يكونوا قضاة .

فإن قيل : فعمر وعثمان كانا إمامين ، فإذا ردّا الحكم إلى رجل صار قاضياً .

قلنا : لم ينقل عنهما إلا الرضا بتحكيمه خاصة ، وبهذا لا يصير قاضياً ، وما ذكروه يبطل بما إذا رضي

---

(١) قال الحافظ في التلخيص الجبير ج ٤ ص ١٨٥ « حديث : من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله . ابن الجوزي في التحقيق . قال : ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره وتعقبه صاحب التنقيح فقال : هي نسخة باطلة كما صرح هو به في الموضوعات وبالغ في الحط على الخطيب لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق » . ا هـ (ف)

بتصرف وكيله فإنه يلزمه قبل المعرفة به . إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : للحاكم نقضه إذا خالف رأيه ، لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه .

ولنا : أن هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفته رأيه كحكم من له ولاية ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفاً ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ، ولا نسلم الوقوف في العقود .

إذا ثبت هذا فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم ، لأنه لا يثبت إلا برضاه ، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف ، وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع .

والثاني : ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل المقصود به .

٨٣٠٧ (فصـــل)

قال القاضي : وينفذ حكم من حكّماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح ، واللعان ، والقذف ، والقصاص ، لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه . وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه ، لأنهُ حاكم نافذ الأحكام ، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام .

٨٣٠٨ (مســـألة)

قال : (ويحكم على الغائب إذا صح الحق عليه) .

وجملته : أن من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر ، وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه ، فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشرائط ، وبهذا قال شبرمة ومالك والأوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر ، فكان شريح لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد : مثله . وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه .

وروى ذلك عن القاسم والشعبي إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه . واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلي : « إذا تقاضى إليك رجلان

فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فإنك تدرى بما تقضى »[1] ، قال الترمذى : هذا[حديث][2] حسن صحيح . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر فى البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه .

ولنا : أن هنداً قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى ؟ قال : « خذى ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف » متفق عليه . فقضى لها ولم يكن حاضراً ، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة ، فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً ، وقد وافقنا أبو حنيفة فى سماع البينة ، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى إذا كان حاضراً يقدم عليه إذا كان غائباً كسماع البينة .

وأما حديثهم فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته والغائب بخلافه ، وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : إذا جاءت امرأة فادّعت أن لها زوجاً غائباً وله مال فى يد رجل وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة . ولو ادعى رجل على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بينة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة . ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بينة بذلك حكم له بما ادعاه .

إذ ثبت هذا، فإنه إن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره. فإن خرج الشهود لم يحكم عليه، وإن استنظر الحاكم أجّله ثلاثاً، فإن جرحهم وإلا حكم عليه ، وإن ادّعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة برىء ، وإلا حلف المدعى وحكم له . وإن قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم ، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقاً لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم ، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه . وإن طلب التأجيل أجل ثلاثاً ، فإن جرحهم وإلا نفذ الحكم ، وإن ادّعى القضاء أو الإبراء فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر ونفذ الحكم.

٨٣٠٩ (فصــــل)

لا يقضى على الغائب إلا فى حقوق الآدميين ، فأما فى الحدود التى لله تعالى فلا يقضى بها عليه ، لأن مبناها على المساهلة والإسقاط . فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع .

٨٣٩٠ (فصــــل)

وإذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف كالصبى والمجنون لم يستحلف المدعى مع بينته فى أشهر

(١) لفظ الترمذى ج ١ ص ٢٤٩ وبشرح ابن العربى ج ٦ ص ٧٣ « فسوف تدرى كيف تقضى » (ف) .

(٢) لفظ الترمذى هذا «حديث حسن» وليس فيه «صحيح» كما فى المغنى. راجع الصفحة التى ذكرناها منه(ف)

الروايتين ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه [١] » ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر .

والرواية الثانية : يستحلف معها ، وهو قول الشافعي ، لأنه يجوز أن يكون استوفى ما قامت به البينة ، أو ملكه العين التي قامت بها البينة . ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين ، فإذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ، ولأن الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب ، لأن كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه ، وهذا من الاحتياط .

٨٣١١ (فصـــــل)

ظاهر كلام الخرقي : أنه إذا قضى على الغائب بعين سلمت إلى المدعى ، وإن قضى عليه بدَين ووجد له مال أُوفى منه ، فإنه قال في رواية حرب في رجل أقام بينة أن له سهماً من ضيعة في أيدي قوم فتواروا عنه : يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع إلى هذا حقه، لأنه يثبت حقه بالبينة فيسلم إليه كما لو كان خصمه حاضراً. ويحتمل أن لا يدفع إليه شيء حتى يقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يأخذ المدعى ما حكم له به ثم يأتي خصمه فيبطل حجته ، أو يقيم بينة بالقضاء والإبراء ، أو بملك العين التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأول . فإنه قال في رجل عنده دابة مسروقة فقال : هي عندي وديعة إذا أقيمت البينة أنها له تدفع إلى الذي أقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت .

٨٣١٢ (فصـــــل)

فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمتنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العـــلم . وقال أصحاب الشافعي في وجه لهم : إنه يقضى عليه في غيبته ، لأنه غائب أشبه الغائب عن البلد .

ولنا : أنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم ، ويفارق الغائب البعيد ، فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام أحمد : جواز القضاء عليه لما

(١) أخرجه الترمذي عن ابن عمرو ج ١ ص ٢٥١ قال الترمذي : هذا حديث في إسناده مقال. ومحمد بن عبيدالله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره .(ف)

ذكرنا عنه فى رواية حرب . وروى عنه أبو طالب فى رجل وجد غلامه عند رجل فأقام البينة أنه غلامه فقال الذى عنده الغلام : أودعنى هذا رجل ، فقال أحمد : أهل المدينة يقضون على الغائب يقولون إنه لهذا الذى أقام البينة ، وهو مذهب حسن ، وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الإعذار ، وهو إذا ادعى على رجل ألفاً وأقام البينة فاختفى المدعى عليه يرسل إلى بابه فينادى الرسول ثلاثاً ، فإن جاء وإلا قد أعذروا إليه ، فهذا يقوى قول أهل المدينة ، وهو معنى حسن .

وقد ذكر الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب أنه يقضى على الغائب الممتنع ، وهو قول الشافعى ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله ، فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد ، بل هذا أولى ، لأن البعيد معذور وهذا لاعذر له . وقد ذكرنا فيما تقدم شيئاً من هذا .

كتاب القسمة

الأصل في القسمة قول الله تعالى : (وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ) [١] وقوله تعالى : (وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى)[٢] الآية . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »[٣] وقسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهماً ، وكان يقسم الغنائم .

وأجمعت الأمة عَلَى جواز القسمة ، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف عَلَى إيثاره ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي .

٨٣١٣ مسألة

قال (وإذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه وأثبت في القضية بذلك أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بينة شهدت لهما بملكهما) .

إذا ثبت هذا فإن الشريكين في أي شيء كان ربعاً أو غيره ، والربع هو العقار من الدور ونحوها ، إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجابهما إليه ، وإن لم يثبت عنه ملكهما ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ، لأن الميراث باق عَلَى حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطاً للميت ، وأما ماعدا العقار يقسمه ، وإن كان ميراثاً لأنه يبور ويهلك وقسمته تحفظه ، وكذا العقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي أنه لا يقسم عقاراً كان أو غيره ما لم يثبت ملكها ، لأن قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله[٤] أن يجعله حكماً لهم ولعله يكون لغيرهم .

ولنا : أن اليد تدل عَلَى الملك ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم واتهابه واستئجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا ثبت في القضية أنى قسمته بينهم بإقرارهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم وكل ذي حجة عَلَى حجته . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ، لأن الظاهر ملكهم ولا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دَين وما ظهر والأصل عدمه . ولهذا اكتفينا به في غير العقار وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

---

(١) سورة القمر آية ٢٨ (٢) سورة النساء آية ٨ (٣) أخرجه البخاري عن جابر (ف)

(٤) في المغني (يستسهله) وفي الشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٩ (سهلى) ولعل الأنسب (يسهل له) (ف)

٨٣١٤ (فصـــــل)

وتجوز قسمة المكيلات والموزونات من المطعومات وغيرها ، لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها يدل عَلَى جواز قسمة ما لا يختلف بطريق التنبيه . وسواء فى ذلك الحبوب والثمار والنورة والأشنان والحديد والرصاص ونحوها من الجامدات ، والعصير والخل واللبن والعسل والسمن والدبس والزيت والرب ونحوها من المائعات ، وسواء قلنا إن القسمة بيع أو إفراز حق ، لأن بيعه جائز وإفرازه جائز، فإن كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمها كل نوع عَلَى حدته أجبر الممتنع ، وإن طلب قسمها أعياناً بالقيمة لم يجبر الممتنع ، لأن هذا بيع نوع بنوع آخر فليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك ، فإن تراضيا عليه جاز . وكان بيعاً يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه وسائر شروط البيع .

٨٣١٥ (فصـــــل)

فإن كان بينهما ثياب ، أو حيوان ، أو أوانى ، أو خشب ، أو عمد ، أو أحجار ، فاتفقا عَلَى قسمتها جاز . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم يوم بدر ، ويوم حنين ، ويوم خيبر ، وهى تشتمل عَلَى أجناس من المال . وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو عَلَى قسمتها أعياناً بالقيمة ، وإن طلب أحدهما قسمة كل نوع عَلَى حدته وطلب الآخر قسمته أعياناً بالقيمة ، قدم قول من طلب قسمة كل نوع عَلَى حدته إذا أمكن . وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا يمكن قسمته إلا بأخذ عوض عنهُ من غير جنسهِ أو قطع ثوب فى قطعه نقص أو كسر إناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع ، وإن أمكن قسمة كل نوع عَلَى حدتهِ من غير ضرر ولا رد عوض ، فقال القاضى : يجبر الممتنع . وهو ظاهر مذهب الشافعى وهو قول أبى الخطاب لا أعرف فى هذا عن إمامنا رواية ، ويحتمل أن لا يجبر الممتنع . وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعى. لأن هذا إنما يقسم أعياناً بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليـهِ ، كما لا يجبر عَلَى قسمة الدور بأن يأخذ هـذا داراً وهذا داراً وكالجنـ بين المختلفين .

ووجهُ الأول : أن الجنس الواحد كالدار الواحدة ، وليس اختلاف الجنس الواحد فى القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة . فإن أرض القرية تختلف ، سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة ، وأراض متنوعة ، والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة ، ثم هذا الاختلاف لم يمنع الإجبار عَلَى القسمة كذلك الجنس الواحد . وفارق الدور ، فإنهُ أمكن قسمة كل دار على حدتها ، وهاهنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو إناء على حدتهِ . وإن كانت الثيـاب أنواعاً كالحرير والقطن والكتان ، فهى كالأجناس ، وكذلك سائر الأموال والحيوان كغيره من الأموال ، ويقسم النوع الواحد منـــهُ ، وبهِ قال الشافعى

وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق قسمة إجبار لأنهُ تختلف منافعه ويقصد منه العقل والدين والفطنة ، وذلك لا يقع فيه التعديل .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد[1] الذين أعتقهم الأنصاري فى مرضه ثلاثة أجزاء ، ولأنه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان ، وما ذكره غير صحيح ، لأن القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الأشياء المختلفة .

٨٣١٦ (فصـــــل)

والقسمة إفراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعاً ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : هى بيع ، وحكى عن أبى عبد الله بن بطة ، لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة البيع .

ولنا : أنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإجبار ، وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجـوز فيه شىء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً كسائر العقود .

وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن بيعاً جازت قسمة الثمار خرصاً ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلا ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع ، ولا يحنث إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان العقار أو نصفه وقفاً جازت القسمة .

وإن قلنا : هى بيع : انعكست هذه الأحكام . هذا إذا خلت من الرد ، فإن كان فيها رد عوض فهى بيع ، لأن صاحب الرد يبذل المـال عوضاً عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع ، فإن فعلا ذلك فى وقف لم يجز ، لأن بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وقفاً وبعضه طلقاً والرد من صاحب الطلق لم يجز ، لأنه يشترى بعض الوقف . فإن كان من أهل الوقف جاز ، لأنهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

٨٣١٧ (فصـــــل)

وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وبهذا قال الأصطخرى . وقال أبو حنيفة : تقبل وإن كان بأجرة ، لأنه لا يلحقه تهمة فقبل قوله كالمرضعة . وقال الشافعى : لا تقبل ، لأنه شهد على فعل نفسه الذى يوجب تعديله فلم تقبل كشهادة القاضى المعزول على حكمه .

---

(١) يشير إلى حديث رواه عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً » أخرجه الجماعة إلا البخارى (ف) .

ولنا : أنه شهد بما لا نفع له فيه فقبل كالأجنبي ، وإذا كان بأجرة لم يقبل لأنه متهم لـكونه يوجب الأجرة لنفسه وهذا نفع فتـكون شهادته لنفسه . وقول الشافعي إنه يوجب تعديله ممنوع ، ولا نسلم لهم ما ذكروه في الحـكم .

٨٣١٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ، إذا أثبت عنده ملـكهما ، وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوماً ﴾ .

أما إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين :

أحدهما : يجبر الممتنع على القسمة وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط :

أحدها : أن يثبت عند الحاكم ملـكهما ببينة ، لأن في الإجبار على القسمة حكماً على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى ، فإنه لا يحـكم على أحدهما إنما يقسم بقولهما ورضاهما .

الشرط الثاني : أن لا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » رواه ابن ماجة ، ورواه مالك في موطئه مرسلا ، وفي لفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار » .

الشرط الثالث : أن يمـكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يمـكن ذلك لم يجبر الممتنع ، لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة وبئر[1] تساوي مائتين . فإذا جعلت الأرض سهما كانت الثلث ، فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة . ليـكونا نصفين متساويين ، فهذه فيها بيع . ألا ترى أن آخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذي أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى : (إِلَّا أَنْ تَـكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْـكُمْ)[2] ؟ فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمة ، لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما ، لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الغراس والبناء والزرع والساقية والإجارة والعارية ، ولا يمـكنه ذلك مع الاشتراك ، فوجب أن يجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » .

---

(١) في المغني طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٩٣ (أو بئر) وكذلك في طبعة الفقي ج ٩ ص ١١٦ والصواب (وبئر) بالواو كما في الشرح الـكبير ج ١١ ص ٥٠٢ (ف) .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

إذا ثبت هذا : فقد اختلفوا فى الضرر المانع من القسمة ، فى قول الخرقى[1] هو مالا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به ، ولو أمكن أن ينتفع به فى شيء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به داراً لم يجبر على القسمة أيضاً لأنه ضرر يجرى مجرى الإتلاف .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا .

وقال القاضى : هذا ظاهر كلام أحمد ، لأنه قال فى رواية الميمونى : إذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم ، فإن كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن ، وهذا ظاهر كلام الشافعى ، لأن نقص قيمته ضرر والضرر منفى شرعاً . وقال مالك : يجبر الممتنع وإن استضر قياساً على مالا ضرر فيه ، ولا يصح لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ولأن فى قسمته ضرراً فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ولأن فى قسمته إضاعة للمال . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعته[2] . ولا يصح القياس على مالا ضرر فيه لما بينهما من الفرق . فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر كرجلين بينهما دار لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها ، فإذا قسماها استضر صاحب الثلث لكونه لا يحصل له ما يكون داراً ، ولا يستضر الآخر لأنه يبقى له ما يصير داراً مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الآخر عليها . ذكره أبو الخطاب ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل . قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها ، وهذا قول ابن أبى ليلى وأبى ثور .

وقال القاضى : يجبر الآخر عليها ، وهو قول الشافعى وأهل العراق ، لأنه طلب إفراد نصيبه الذى لا يستضر بتمييزه فوجبت إجابته إليه كما لو كانا لا يستضران بالقسمة .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرا معاً ، ولأن فيه إضاعة المال . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعته . وإذا حرم عليه إضاعته ماله فإضاعته مال غيره أولى .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٩٤ والفقى ج ٩ ص ١١٦ (وهو) والصواب (هو) بدون الواو كما فى الشرح الكبير ص ٤٩٠ (ف) .

(٢) روى المغيرة بن شعبة عن النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعا وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال » أخرجه الشيخان (ف) .

وقد روى عمرو[١] بن جميع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تعصبة[٢] على أهل الميراث إلا ماحصل القسم » قال أبو عبيدة : هو أن يخلف شيئاً إذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعاً ، ولأننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة ، وأن الضرر فى حق أحدهما مانع ولا يجوز أن يكون المانع هو ضرر الطالب لأنه مرضى به من جهته فلا يجوز كونه مانعاً ، كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر المانع فى جهة المطلوب ، ولأنه ضرر غير مرضى به من جهة صاحبه فمنع القسمة كما لو استضرا معاً ، وإن طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث فى المسألة المفروضة أجبر الآخر عليها . هذا مذهب أبى حنيفة ومالك . لأنه طلب دفع ضرر الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيه ، فأجبر عليه كما لا ضرر فيه .

يحققه : أن ضرر الطالب مرضى به من جهته فسقط حكمه ، والآخر لا ضرر عليه فصار كما لاضرر فيه .

وذكر أصحابنا أن المذهب أنه لا يجبر الممتنع على القسم ، لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ، ولأن طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب إجابته إلى السفه .

قال الشريف : متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة .

وقال أبو حنيفة : متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت .

وقال الشافعى : إن انتفع بها الطالب وجبت ، وإن استضر بها الطالب فعلى وجهين .

وقال مالك : تجب على كل حال ، ولو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها ، لكل واحد منهما ربعها ، فإذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف ، فطلب صاحب النصف القسمة وجبت إجابته ، لأنه يمكن قسمتها نصفين ، فيصير حقهما لهما داراً وله النصف فلا يستضر أحد منهما . ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة ، لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه ، وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر ، لأنه لا ضرر على واحد منهم . وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد

---

(١) هكذا فى المغنى ، عمرو بن جميع،روى عن الأعمش وغيره،ويكنى أبا المنذر،وهو كوفى وكان على قضاء حلوان.قال الذهبى فى الميزان ج ٣ ص ٢٥١ « كذبه ابن معين .وقال الدارقطنى وجماعة : متروك . وقال ابن عدى: كان يتهم بالوضع . وقال البخارى : منكر الحديث » (ف) .

(٢) فى نسخ المغنى « لاتعصبة على أهل الميراث إلا ما حصل القسم » وهو تحريف والصواب « لا تعضية على أهل ميراث إلا فيما حمل القسم » وقد رواه أبو عبيد فى الغريب والبيهقى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مرسلا.والتعضية : التفريق . ومعنى الحديث لا يفرق ولا يقسم ميراث على أهله إلا إذا كان يحتمل القسمة،فإذا لم يحتمل وكان فى قسمه ضرر على الورثة لم يجز قسمه كالجوهرة والطيلسان والحمام . يراجع النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٠٦ ومنتخب كنز العمال ج ٤ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ولسان العرب ج ١٥ ص ٦٨ (ف) .

منهما ، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه ، لم تجب القسمة على قياس المذهب لأنه إضرار بالطالب وسفه ، وعلى الوجه الذى ذكرناه تجب القسمة ، لأن المطلوب منه لا ضرر عليه .

الحال الثانى : الذى لا يجبر أحدهما على القسمة ، وهى ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة إلا برضاهما ، وتسمى قسمة التراضى ، وهى جائزة مع اختلال الشروط كلها لأنها بمنزلة البيع والمناقلة و بيع ذلك جائز .

٨٣١٩ (فصـــــل)

إذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها ، فإذا طلبا قسمها نظرت ، فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولا ضرر فى ذلك أجبر الآخر عليه ، لأن البناء فى الأرض يجرى مجرى الغرس فيتبعها فى البيع والشفعة ، ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه . كذلك البناء ، وإن طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما ، لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان :

أحدها : أن العلو يتبع[1] للسفل ، ولهذا إذا بيعا تثبت الشفعة فيهما ، وإذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة ، وإذا كان تبعاً له لم يجعل المتبوع سهماً والتبع سهماً فيصير التبع أصلا .

الثانى : أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقتين ، لأن كل واحد منهما يسكن منفرداً ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيباً كذا هاهنا .

الثالث : أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها ، فإذا جعل السفل نصيباً انفرد صاحبه بالهواء ، وليست هذه قسمة عادلة ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يقسمه الحاكم ، يجعل ذراعاً من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . وقال محمد : يقسمها بالقيمة . واحتجوا بأنها دار واحدة ، فإذا قسمها على ما يراه جاز كالتى لا علو لها .

ولنا : ما ذكرناه من المعانى الثلاثة ، وفيها رد ما ذكروه ، وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضاً ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل وحده لم يجب إليه ؛ لأن القسمة تراد للتمييز ، ومع بقاء الإساعة[2] فى أحدهما لا يحصل التمييز . وإن طلب قسمة السفل منفرداً أو العلو منفرداً لم يجب إليه ، لأنه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفل الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يتميز الحقان .

---

(١) هكذا فى المغنى ولعل الأنسب « أن العلو تبع للسفل » (ف) .

(٢) فى طبعة الشيخ رشيد ج ١١ ص ٤٩٨ والفق ٩ : ١١٩ (الإساعة) بالسين المهملة والصواب (الإشاعة) بالشين المعجمة كما فى الشرح الكبير ١١/٤٩٧ (ف) .

٨٣٢٠ (فصـــل)

وإذا كان بينهما دار أو خان كبير ، فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر فى قسمته ، أجبر الممتنع على القسمة ، وتفرد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن ، وإن كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه فى إحدى الدارين أو أحد الخانين ويجعل الباقى نصيباً لم يجبر الممتنع ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا أو تفرقتا ، لأنه أنفع وأعدل .

وقال مالك : إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع من ذلك عليه ، لأن المتجاورتين تتقارب منفعتهما بخلاف المتباعدتين . وقال أبو حنيفة : إن كانت إحداهما أحجزة الأخرى أجبر الممتنع وإلا فلا ، لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة .

ولنا : أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى فلم يجبر عليه ، كالمتفرقين على ملك ، وكما لو لم تكن حجة بها مع أبى حنيفة [1] ، وكما لو كانتا داراً ودكاناً مع أبى يوسف ومحمد . والحكم فى الدكاكين كالحكم فى الدور ، وكما لو كانت لها عضائد صغار لا يمكن قسمة كل واحدة منهما منفردة لم يجبر الممتنع من قسمها عليها .

٨٣٢١ (فصـــــل)

فإن كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ، ويتحقق فيها الشروط التى ذكرناها أجبر الممتنع على قسمها ، سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء ، فإن كان فيها نخل وكرم وشجر مختلف وبناء فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها ، وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة . فقال أبو الخطاب : تقسم كل عين على حدتها ، وكذلك كل مقسوم إذا أمكنت التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه كان أولى ، ونحو هذا قال أصحاب الشافعى ، فإنهم قالوا : إذا أمكنت التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه بأن يكون الجيد فى مقدمها والردىء فى مؤخرها ، فإذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والردىء مثل ما للآخر وجبت القسمة وأجبر الممتنع عليها ، وإن تمكن القسمة هكذا ، بأن تكون العمارة أو الشجر والجيد لا تمكن قسمته وحده ، وأمكن التعديل بالقيمة ، عدلت بالقيمة ، وأجبر الممتنع من القسمة عليها .

وقال الشافعى فى أحد القولين : لا يجبر الممتنع من القسمة عليها . وقالوا : إذا كانت الأرض ثلاثين جريباً قيمة عشرة أجربة منها كقيمة عشر لم يجبر الممتنع من القسمة عليها لتعذر التساوى فى الزرع ،

---

(١) هكذا فى المغنى وفى الشرح الكبير ج ١١ ص ٥٠٨ « كما لو لم تكن حجزتها عند أبى حنيفة » (ف) .

ولأنه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة إذا لم تمكن إلا بأن يجعل كل واحد منهما سهماً كذا هاهنا .

ولنا : أنه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر ، فوجبت قسمته كالدور ، ولأن ما ذكروه يفضى إلى منع وجوب القسمة فى البساتين كلها والدور ، فإنه لا يمكن تساوى الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ، ولأنه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته ، كما لو أمكنت التسوية بالزرع .

وأما إذا كان بستانان لكل واحد منهما طريق ، أو حقلان ، أو داران ، أو دكانان متجاوران أو متباعدان ، فطلب أحد الشريكين قسمته بجعل كل واحد بينهما لم يجبر الآخر على هذا ، سواء كانا متساويين أو مختلفين ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، لأنهما شيئان متميزان ، لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر ، بخلاف البستان الواحد والأرض الواحدة وإن عظمت ، فإنه إذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقى ، والشفعة كالقسمة ، لأن كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشركة ونقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته لا تجب الشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه لا تجب قسمته ، وعكس هذا ما تجب قسمته تجب فيه الشفعة ، وما تجب الشفعة فيه تجب قسمته ، ولأنه لو بدا الصلاح فى بعض البستان كان صلاحاً لباقيه ، وإن كان كبيراً ولم يكن صلاحاً لما جاوزه وإن كان صغيراً .

٨٣٢٢ (فصـــــل)

وإذا كان فى الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع أجبر الممتنع ، لأن الزرع فى الأرض كالقماش فى الدار فلم يمنع القسمة كالقماش ، وسواء خرج الزرع أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسماها بقى الزرع بينهما مشتركا ، كما لو باعا الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً لم يجبر الآخر عليه ، لأن القسمة لابد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن ، لأنه يشترط بقاؤه فى الأرض المشتركة ، وإن طلب قسمتها مع الزرع وكان قد خرج جاز وأجبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلا[1] أو اشتد الحب فيه ، لأن الزرع كالشجر فى الأرض ، والقسمة إفراز حق وليست بيعاً .

وإن قلنا : هى بيع لم يجبر إذا اشتد الحب ، لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض . ويحتمل الجواز ، لأن السنابل هاهنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست المقصود ، فأشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها .

وقال الشافعى : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ، لأن الزرع مودع فى الأرض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها .

---

(١) القصيل : الشعير ، يجذ أخضر لعلف الدواب (ف) .

ولنا : أنه نابت فيها للنماء والنفع فأشبه الغراس وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ولا ضرر عليه فى نقله ، وإن كان الزرع بذراً فى الأرض فقال أصحابنا : لا تجوز قسمته لجهالته وكونه لا يمكن إفرازه ، وهذا مذهب الشافعى . ويحتمل الجواز ، لأنه يدخل تبعاً للأرض فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان : وكذلك لو اشترى أرضاً فيها زرع فاشترطوا ملكه بالشرط وإن كان بذراً مجهولا .

٨٣٢٣ (فصـــــــل)

إذا كانت بينهما أرض قيمتها مائة ، فى أحد جانبيها بئر قيمتها مائة ، وفى الآخر شجرة قيمتها مائة ، عدلت بالقيمة ، وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيباً ، والشجرة مع النصف الآخر نصيباً . فإن كانت بين ثلاثة أو أكثر نظرت فى الأرض ، فإن كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة ، لأنها إذا كانت أقل لم يمكن التعديل إلا بقسمة البئر والشجرة وذلك مما لا تجب قسمته ، وإن كانت قيمتها مائة فجعلناها سهماً ، والبئر سهماً ، والشجرة سهماً ، لم يحصل مع البئر والشجرة شىء من الأرض ، فيصير هذا كقسمة الشجر وحده ، وقسمة ذلك وحده ليست قسمة إجبار .

وإن كانت الأرض كبيرة القيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شىء مع البئر والشجرة وجبت القسمة .

ومثاله : أن تكون قيمة الأرض مائتين وخمسين ، فيجعلها مائة وخمسين سهماً ، ويضم إلى البئر ما قيمته خمسون ، وإلى الشجرة مثل ذلك ، فتصير ثلاثة سهام متساوية ، وفى كل سهم جزء من أجزاء الأرض ، فتجب القسمة حينئذ .

وكذلك لو كانوا أربعة ، وقيمة الأرض أربعمائة ، وجبت القسمة ، لأننا نجعل ثلاثمائة منها سهمين ومائة مع البئر والشجرة سهمين ، فتعدلت السهام .

ولو كانت الأرض لاثنين ، فأراد قسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار ، وهكذا الأرض ذات الشجر إذا اقتسما الشجر دون الأرض لم تكن قسمة إجبار ، ولو اقتسماها بشجرها كانت قسمة إجبار ، لأن الشجر يدخل تبعاً للأرض ، فيصير الجميع كالشىء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شىء من الأرض بشجره ، وإذا قسم ذلك دون الأرض صار أصلا فى القسمة ليس بتابع لشىء واحد ، فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مفرداً . وكل قسمة غير واجبة إذا تراضيا بها فهى بيع حكمها حكم البيع .

٨٣٢٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه إلا أن يتراضيا فيكون لكل واحد ما رضى به ﴾ .

وجملته : أن القسمة على ضربين : قسمة إجبار ، وقسمة تراضى ، وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ، ولا تخلو من أربعة أقسام :

أحدها : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية .

الثانى : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة .

الثالث : أن تكون السهام مختلفة ، وقيمة الأجزاء متساوية .

الرابع : أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة .

فأما الأول : فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ، لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوى أجزائها فى القيمة ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز فى ظاهر كلام أحمد ، فإنه قال فى رواية أبى داود : إن شاء رقاعاً وإن شاء خواتيم ، يطرح ذلك فى حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : اخرج خاتماً على هذا السهم ، فمن خرج خاتمه فهو له . وعلى هذا لو أقرع بالحصا أو غيره جاز . واختار أصحابنا فى القرعة أن يكتب رقاعاً متساوية بعدد السهام ، وهو هاهنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام وبين إخراج السهام على الأسماء ، فإن أخرج الأسماء على السهام كتب فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ، وتترك فى بنادق طين أو شمع متساوية القدر والوزن ، وبترك فى حجر من لم يحضر القسمة ، ويقال له اخرج بندقة على هذا السهم ، فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه فى البندقة ، ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير ، فيتعين لمن بقى ، وإن اختار إخراج السهام على الأسماء كتب فى الرقاع أسماء السهام ، فيكتب فى رقعة الأول مما يلى جهة كذا ، وفى أخرى الثانى حتى يكتب الستة ، ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذى فى الرقعة ، ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى . وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طيناً وتطرح فى ماء ويعين واحد ، فأى البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهى له ، وكذلك الثانى والثالث وما بعده . فإن خرج اثنان أعيد الإقراع ، والأول أولى وأسهل .

القسم الثانى : أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة ، فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ، ويفعل فى إخراج السهام مثل الذى قبله سواء لا فرق بينهما إلا أن التعديل ثم بالسهام وهاهنا بالقيمة .

القسم الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة ، مثل أرض بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، وأجزاؤها متساوية القيمة فإنها تجعل سهاماً بقدر أقلها وهو السدس ، فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ، ويكتب ثلاث رقاع بأسمائهم ، ويخرج رقعة على السهم الأول ، فإن خرجت لصاحب

السدس أخذه ، ثم يخرج أخرى على الثانى ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثانى والثالث ، وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف بغير قرعة . وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع ، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث . وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذى يليه ، وكان السادس لصاحب السدس فإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس . وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثانى ثم يخرج الثانية على الثالث . فإن خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس . وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ صاحب النصف مابقى .

وقيل : تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث ، وباسم صاحب الثلث اثنان ، وباسم صاحب السدس واحدة ، وهذا لافائدة فيه ، فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف ، وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فأغنى ، ولايصح أن يكتب رقاعاً بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الملاك ، لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثانى لصاحب السدس ، ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيها السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقاً فيتضرر بذلك .

القسم الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة ، فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ، ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام كما ذكرنا فى القسم الثالث سواء ، لافصل بينهما إلا أن التعديل هاهنا بالقيم وفى التى قبلها بالمساحة .

وأما الضرب الثانى ، وهى قسمة التراضى التى فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض ، فهذه لا إجبار فيها لأنها معاوضة ولايجبر على المعاوضة ، وكذلك سائر مالاتجب قسمته ، كالدارين تجعل كل واحدة منهما سهماً وما يدخل الضرر عليهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم .

إذا ثبت هذا ، فإن قسمة الإجبار تلزم بإخراج القرعة ، لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه ، فيلزم بإخراجها كلزوم حكم الحاكم ، وأما قسمة التراضى ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أيضاً كقسمة الإجبار ، لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه .

الثانى : لاتلزم ، لأنها بيع ، والبيع يلزم بالتراضى لابالقرعة ، وإنما القرعة هاهنا لتعريف البائع من المشترى، فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحداً من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز ، لأن الحق لهما ولايخرج عنهما ، وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم هاهنا بالتراضى وتفرقهما كما يلزم البيع .

٨٣٢٥ فصل

ويجوز للشريكين أن يقتسما بأنفسهما ، وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما ، فإن نصب الحاكم قاسماً لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذى حق حقه. وهذا قول الشافعى، إلا أنه يشترط كونه حراً، وإن نصبا قاسماً بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم فى العدالة والمعرفة، فهو كقاسم الحاكم فى لزوم قسمته بالقرعة . وإن كان كافراً أو فاسقاً أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ، ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع إلى لزوم القسمة .

ويجزىء قاسم واحد فيما لا يحتاج إلى تقويم، فإن احتاج القسم إلى التقويم احتاج إلى قاسمين ، لأنه يحتاج إلى أن يكون المقوم اثنين، ولا يكفى فى التقويم واحد، فمتى نصبا قاسماً أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته، وإن اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما، لأن وجوده وعدمه واحد وإن قسما بأنفسهما وأقرعا لم تلزمه القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة، لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه .

٨٣٢٦ (فصل)

وعلى الإمام أن يرزق القاسم من بيت المال ، لأن هذا من المصالح . وقد روى أن علياً رضى الله عنه اتخذ قاسماً وجعل له رزقاً من بيت المال ، فإن لم يرزقه الإمام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا إلى القاسم أجرة ليقسم بينكما . فإن استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز . وإن استأجروه جميعاً إجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم . وبهذا قال الشافعى. وقال أبوحنيفة : يكون عليهم على عدد رءوسهم ، لأن عمله فى نصيب أحدهما كعمله فى نصيب الآخر ، سواء تساوت سهامهم أو اختلفت ، فكان الأجر بينهم سواء .

ولنا : أن أجر القسمة يتعلق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأملاك كنفقة العبد ، وماذكروه لا يصح، لأن العمل فى أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزوناً كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع . وعلى أنه يبطل بالحافظ، فإن حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال .

٨٣٢٧ (فصل)

وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعى . وقال أبو حنيفة : هى على الطالب للقسمة لأنها حق له .

ولنا : أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما كما لو تراضوا عليها .

٨٣٢٨ (فصـــــل)

وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطاً فى القسمة ، وأنه أعطى دون حقه نظرت ، فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا نقف على تراضيهما ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه أحلف له . وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيهـا . وإن كانت مما لا تلزم إلا بالتراضى ، كالذى قسماه بأنفسهما ونحوه ، لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه قد رضى بذلك ورضاه بالزيادة فى نصيب شريكه تلزمه . والصحيح عندى أن هذه كالتى قبلها ، وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة ، لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة ، فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطاً فى كيله أو وزنه .

وقولهم : إن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح ، فإنه إنما يسقط مع علمه . أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضى بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه ، كالثمن والمسلم فيه ، فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة مكاييل راضياً بذلك ثم ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثنى عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضى ولا يمنع سماع دعواه وبينته ، ولأن المدعى عليه فى مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة . ولو سقط حق المدعى بالرضى لما نقضت القسمة بإقراره ، كما لو وهبه الزائد .

وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع داراً على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل فى أحد الوجهين . وفى الآخر تكون الزيادة للبائع وَالنقص عليه ، والبيع إنما يلزم بالتراضى . فلو كان التراضى يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشترى من النقص ، والله أعلم .

ولأن من رضى بشىء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه ، كما لو اقتسما شيئاً وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقاً .

فإن قيل : فلم لا تعطى المظلوم حقه فى هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط فى الثمن أو المسلم فيـه ؟

قلنا : لأن الغلط هاهنا فى نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها ، وفى المسلم والثمن الغلط فى القبض دون العقد ، فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط فى قبض عوضه فى صحته بخلاف مسألتنا .

٨٣٢٩ (فصـــل)

إذا اقتسم الشريكان شيئاً ، فبان بعضه مستحقاً نظرت ، فإن كان معيناً فى نصيب أحدهما بطلت القسمة ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق فى نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقى من حقه ، كما لو وجد عيباً فيما أخذه .

ولنا : أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة ، كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال . وأما إذا بان نصيب أحدهما معيباً فيحتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة، ويحتمل أن يفرق بينهما ، فإن العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر فى البطلان كالبيع ، وإن كان المستحق فى نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة ، لأن ما يبقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ، ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر ، وقد أفرز كل واحد منهما حقه إلا أن يكون ضرر المستحق فى نصيب أحدهما أكثر ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو وضوئه أو نحو هذا فتبطل القسمة ، لأن هذا يمنع التعديل . وإن كان المستحق فى نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه . وإن كان المستحق مشاعاً فى نصيبهما بطلت القسمة، لأن الثالث شريكهما ، وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه ، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه[1] وإن كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو أحدهما فالحكم فيها كما لو لم يعلما[2] على ما ذكرنا من التفصيل فيه ، والله أعلم .

٨٣٣٠ (فصـــل)

وإذا ظهر فى نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة ، فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب ، لأنه نقص فى نصيبه فملك ذلك كالمشترى ، ويحتمل أن تبطل القسمة ، لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع .

٨٣٣١ (فصـــل)

وإذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما داراً وبنى فيها ، أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما فى نصيبه أو غرس ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه ، فإنه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس . ذكره

---

(١) زاد الشرح الكبير ج ١١ ص ٥١٤ عقب قوله فاقتسما دونه [وفيه وجه آخر أنها لا تبطل لأنه يأخذ من كل واحد منهما مثل ما يأخذ من الآخر ويصير مع كل واحد قدر حقه فأشبه ما لو كان للمستحق معيناً فى نصيبهما على السواء](ف)

(٢) فى المغنى طبعة رشيد ج ١١ ص ٥١٠ وطبعة الفقى ج ٩ ص ١٢٨ (كما لو لم يعلمان) والصواب (كما لو لم يعلما) بحذف نون الفعل المجزوم حيث وقع بعد (لم) الجازمة (ف)

الشريف أبو جعفر ، وحكاه أبو الخطاب عن القاضي . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن : ليس له الرجوع عليه بشيء ، لأنه بنى وغرس باختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره ، كما لو بنى في ملك نفسه .

ولنا : أن هذه القسمة بمنزلة البيع ، فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيباً وإنما يقسمان كذلك بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع ، ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله . فإذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه ، وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي الذي فيه رد عوض وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك . فأما قسمة الإجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقاً بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس ، فإن قلنا : القسمة بيع فالحكم فيها كذلك ، وإن قلنا : ليست بيعاً لم يرجع ، لأن شريكه لم يغره ولم ينقل إليه من جهته ببيع ، وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه . هذا الذي يقتضيه قول أصحابنا .

٨٣٣٢ (فصل)

وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه لم تبطل القسمة ، لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضاهم ، فأشبه تعلق دين الجناية برقبة الجاني ، ويفارق الرهن ، لأن الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره ، فعلى هذا يقال للورثة إن شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها ، وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدين ، فإن أجاب أحدهم وامتنع الآخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب المجيب بحاله .

وإن كان ثم وصية بجزء من المقسوم ، فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقاً على ما مر من التفصيل فيه ، لأنه يستحق أخذه . وإن كانت الوصية بمال غير معين ، مثل أن يوصي بمائة دينار فحكمها حكم الدين على ما بينا .

٨٣٣٣ (فصل)

وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة ، إما في الأجزاء ، بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها ، أو بعض الحقل يزرعه ، ويسكن الآخر ويزرع في الباقي ، أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى ، لم يجبر الممتنع منهما ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر لأن في الامتناع منه ضرراً فينتفي بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة .

ولنا : أن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع ، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل ، فلا يجوز

تأخيره بغير رضاه كالدَّين ، وكما فى العبيد عند أبى حنيفة ، وبخلاف قسمة الأصل ، فإنه إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقين .

إذا ثبت هذا فإنهما إذا اتفقا على المهايأة جاز ، لأن الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضى ولا يلزم ، بل متى رجع أحدهما عنها انقضت المهايأة ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة . ووافق أبو حنيفة وأصحابه فى انتقاضها بطلب القسمة . وقال مالك : تلزم المهايأة ، لأنه يجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الأصل .

ولنا : أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة فلم يلزم ، كما لو أعاره شيئاً ليعيره شيئاً آخر إذا احتاج إليه ، وفارق القسمة ، فإنها إفراز حق على ما ذكرناه .

٨٣٣٤ (فصل)

قال أحمد فى قوم اقتسموا داراً وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة : قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع ، يعنى أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها ، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما فى الأذرع كزيادة ملكه فيها ، مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعاً وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فإن الثمن يقسم بينهما أخماساً على قدر ملكهما فى الدار . فإن كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين[1] فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعاً وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعاً فلا ينبغى أن يقسم الثمن على قدر الأذرع ، بل يقسم بينهما نصفين ، لأن الستين هاهنا معدولة بالأربعين ، فكذلك يعدل بها فى الثمن والله أعلم .

وقال أحمد فى قوم اقتسموا داراً كانت أربعة سطوح يجرى عليها الماء ، فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه ، وقال هذا شىء قد صار لى — قال : إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك ، فإن لم يشترط فليس له منعه ، ووجهه أنهم اقتسموا الدار وأطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها ، وكما لو اشتراها بحقوقها ، ومن حقها جريان مائها فى ماء كان يجرى إليه معتاداً له وهو على سطح المانع ، فلهذا استحقه حالة الإطلاق ، فإن تشارطا على رده فالشرط أملك ، والمؤمنون على شروطهم .

وقال أبو الخطاب : إذا اقتسما داراً فحصل الطريق فى نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه[2] وإلا بطلت القسمة ، وذلك لأن القسمة تقتضى التعديل ، والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له إلا

---

(١) فى نسخ المغنى (مثل دار بينهما نصفين) وفى الشرح الكبير ج ١١ ص ٥١٧ (مثل دار تكون بينهما نصفين) وهو الصواب عربية .(ف)

(٢) أى جاز وإلا بطلت القسمة (ف)

قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ، ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به ، وهذا لا ينتفع به آخذه . فإن كان قد أخذه راضياً به عالماً بأنه لا طريق له جاز ، لأن قسمة التراضى بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز ، وقياس المسألة التى قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها فى نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كمجرى الماء ، والله أعلم .

٨٣٣٥ (فصـــــل)

قال : وللأب والوصى قسمة مال الصغير مع شريكه ، لأن القسمة إما إفراز حق أو بيع ، وكلاهما جائز لهما ، ولأن فى القسمة مصلحة للصبى فجازت كالشراء له ، ويجوز لهما قسمة التراضى من غير زيادة فى العوض، لأن فيه دفعاً لضرر الشركة ، فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدّين أو الحاجة إلى النفقة .

٨٣٣٦ (فصـــــل)

ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو من فوّض الإمام إليه ذلك . فإن كان من ولّاه ليس بعدل ، فهل تصح ولايته ؟ على وجهين .

ويلزم الإمام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم .

والألفاظ التى تنعقد بها الولاية تنقسم إلى صريح وكناية .

فالصريحة : سبعة ألفاظ وهى : قد وليتك الحكم ، وقلدتك ، واستنبتك ، واستخلفتك ، ورددت إليك الحكم ، وفوّضت إليك ، وجعلت إليك ، فإذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولِى وجوابها من المولَى بالقبول انعقدت الولاية .

وأما الكناية : فهى أربعة ألفاظ : قد اعتمدت عليك ، وعوّلت عليك ، ووكلت إليك ، واستندت إليك .

فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة نحو قوله : فاحكم فيما وكلت إليك ، وانظر فيما أسندت إليك ، وتول ما عوّلت فيه عليك .

وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر فى عشرة أشياء :

فصل الخصومات بين المتنازعين ، واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ، ودفعه إلى مستحقه ، والنظر فى أموال اليتامى والمجانين ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، والنظر فى الوقوف فى عمله فى حفظ أصولها وإجراء فروعها على ما شرط الواقف ، وتزويج الأيامى اللاتى لا أولياء لهن ، وإقامة الحدود ، والنظر فى مصالح المسلمين فى عمله ، بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم ، وتصفح حال شهوده وأمنائه ،

والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم ، والإمامة فى صلاة الجمعة والعيد ، وفى جبـــاية الخراج وأخذ الصدقة وجهان .

٨٣٣٧ (فصـــل)

قال : ويوصى الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى ، والرفق بالخصوم ، وقلة الطمع . ويجتهد أن يكونوا شيوخاً أو كهولا من أهل الدين والصيانة والعفة .

٨٣٣٨ (فصـــل)

قال ابن المنذر : يكره للقاضى أن يفتى فى الأحكام . كان شريح يقول : أنا أقضى ولا أفتى . وأما الفتيا فى الطهارة وسائر ما لا يحكم فى مثله فلا بأس بالفتيا فيه .

باب الحضانة

كفالة الطفل وحضانته واجبة ، لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك .

٨٣٣٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وأحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه ﴾ .

إذا افترق الزوجان ولهما ولد طفل أو معتوه ، فأمه أولى الناس بكفالته ، إذا كملت الشرائط فيها ، ذكراً كان أو أنثى .

هذا قول يحيى الأنصارى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأبى ثور وإسحاق وأصحاب الرأى ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابنى هــذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنتِ أحق به ما لم تنكحى » رواه أبو داود .

ويروى « أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه حكم على عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعاصم لأمه أم عاصم وقال : ريحها وشمها ولطفها خير له منك » رواه سعيد فى سننه .

ولأنها أشفق عليه وأقرب ، ولا يشاركها فى القرب إلا الأب . وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى من امرأة أبيه .

٨٣٤٠ (فصـــل)

فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقــدان الشروط انتقل إلى من يليها فى الاستحقاق ، لأنها صارت كالمعدومة .

٨٣٤١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وأولى الناس بعد الأم أمها ، ثم أمهاتها ، الأقرب فالأقرب ، ثم الأب ﴾ .

يقدّمن على سائر الأقارب من النساء والرجال ، لأنهن نساء ولادتهن متحققة ، فهن فى معنى الأم . وعن أحمد رواية أخرى أن أم الأب مقدمة على أم الأم ، لأنها تدلى بعصبة . فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ، لأنهن يدلين به ، فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته وإن علون ، ثم أبو الأب ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته ، وإن لم يكنّ وارثات ، لانهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبى الأم .

٨٣٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم الأخت للأبوين ، ثم الأخت للأب ، ثم الأخت للأم ، ثم الخالة ، ثم العمة فى الصحيح عنه ﴾ .

إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علون انتقلت إلى الأخوات ، وقدّمن على سائر القرابات من الخالات والعمات وغيرهن ، لأنهن شاركن فى النسب فقدّمن فى الميراث .

وأولى الأخوات من كانت لأبوين لقوة قرابتها ، ثم من كانت الأب ، ثم من كانت لأم . نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ، وهو قول المزنى وابن شريح ، لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب . وقال ابن شريح : تقدم الخالة على الأخت من الأب كذلك . ولأبى حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت للأب أقوى فى الميراث فقدّمت كالأخت من الأبوين . ودليل قوتها أنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات ، وتقاسم الجد . وماذكروه من الأدلة لايلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ، ولهما تعصيب فكانت أولى .

وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب ، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات .

وجه هذه الرواية : أن هؤلاء نساء يدلين بالأم فكنّ أولى من الأب كالجدات .

والرواية الأولى هى المشهورة فى المذهب .

فإن اجتمع أخ وأخت قدمت الأخت فى الحضانة لأنها امرأة من أهل الحضانة فقدّمت على من فى درجتها من الرجال ، كتقديم الأم على الأب ، وأم الأب على أبى الأب ، لأنها تلى الحضانه بنفسها والرجل لا يليها بنفسه . فإذا انقرض الإخوة والأخوات صارت الحضانة للخالات ، وتقدم على العمة ، لأنها

تدلى بالأم ، وبعدهن العمات فى الصحيح عنه ، لأنهن أخوات الأب ، فتقدم العمة من الأبوين ، ثم العمة من الأب ، ثم العمة من الأم كالأخوات ، ويقدّمن على الأعمام ، لأنهن نساء من أهل الحضانة فيقدّمن على من فى درجتهن من الرجال كتقديم الأم على الأب ، والجدة على الجد ، والأخت على الأخ .

٨٣٤٣ ﴿ مســألة ﴾

قال الخرقى : ﴿ وخالة الأب أحق من خالة الأم ﴾ .

قد ذكرنا أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويقدّمن على العمات لما ذكرنا . نص عليه أحمد .

ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، فدل على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم . ولأنهن يدلين بعصبه فقدّمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضى : مراد الخرقى بقوله خالة الأب ، أى الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم ، لتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، لأن الخالات أخوات الأم ، فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات ، وكذلك الحكم فى العمات المفترقات .

فإذا قلنا بتقديم الخالات ، فإذا انقرضن فبعدهن العمات . وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن ، فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، وهل تقدم خالات الاب على عماته ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فى الخالات والعمات ، وأما عمات الأم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلين بأب الأم وهو رجل من ذوى الأرحام ولا حضانة له ولا لمن يدلى به ، وفيه وجه أن لهم حضانة سوف نذكره إن شاء الله تعالى .

٨٣٤٤ (فصــل)

وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانة ، وأولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك . ثم عمومة الأب ثم بنوهم ، وهذا قول الشافعى . وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الأب والأجداد ، لأنهم لامعرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم تكن لهم حضانة كالأجانب .

ولنا : أن علياً وجعفراً اختصما فى حضانة بنت حمزة فلم ينكر عليهما النبى صلى الله عليه وسلم ادعاء الحضانة ، ولأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة ، فثبتت لهم الحضانة كالأب والجد . وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأنهم تساووا فى عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر .

والعصبات لهم قرابة يمتازون بها، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد، ويقومون مقام الأب فى التخيير للصبى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعاً على ما نذكره .

٨٣٤٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ إلا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها ، فإذا بلغت سبعاً لم تسلم إليه ، لأنه ليس محرماً لها ﴾ .

٨٣٤٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ فإن امتنعت الأم من حضانتها مع استحقاقها ، انتقلت إلى أمها فى أظهر الوجهين . والوجه الآخر تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقطت فروعها ﴾ .

ولنا : أن الأب أبعد ، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ، كما لا ينتقل إلى الأخت. وكونهن فروعاً لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كما لو سقط حقها لكونها ليست من أهل الحضانة أو لتزوجها . وهكذا الحكم فى الأب إذا سقط حقه هل يسقط حق أمهاته ؟ على وجهين . فإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها ، لم يسقط حق الأخت من الأب وجهاً واحداً ، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها .

٨٣٤٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ فإن عدم هؤلاء كلهم . فهل للرجال من ذوى الأرحام حضانة ؟ على وجهين ﴾:

أحدهما : لهم حضانة ، لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، فأشبهوا البعيد من العصبات .

والثانى : لا حق لهم فى الحضانة ، وينتقل الأمر إلى الحاكم ، لأنهم ليسوا ممن يحضن بنفسه ، ولا لهم ولاية لعدم تعصيبهم ، فأشبهوا الأجانب ، فعلى الوجه الأول يكون أبو الأم وأمهاته أحق من الخال لأنه يسقط فى الميراث ، وفى تقديمهم على الأخ من الأم وجهان :

أحدهما : يقدم الأخ لأنه يرث الفرض ، ويسقط ذوى الأرحام كلهم ، فيقدم عليهم فى الحضانة.

والثانى : أبو الأم وأمهاته أولى منه ، لأن أبا الأم يدلى إليها بالأبوة ، والأخ يدلى بالبنوة ، والأب يقدم فى الولاية على الابن ، فقدم فى الحضانة لأنها ولاية .

٨٣٤٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ﴾ .

لا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه : لأنه لا يقدر عليها : وهو يحتاج إلى من يكفله ، فكيف يكفل

غيره ؟ ولا لفاسق ، لأنه لا يوثق به فى أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد فى حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته . ولا لرقيق . وبهذا قال عطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وقال مالك فى حر له ولد حر من أمَة : الأم أحق به إلا أن تباع فينتقل فيكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة أشبهت الحرة .

ولنا : أنها لا تملك منافعها التى تحصل الكفالة بها ، لكونها مملوكة لسيدها ، فلم تكن لها حضانة ، كما لو بيعت ونقلت . ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك والشافعى وسوار والعنبرى . وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى : تثبت لما روى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سيار « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتى وهى فطيم أو شبهه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اقعد ناحية ، وقال لها : اقعدى ناحية ، وقال : ادعواها ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ، فمالت لأبيها ، فأخذها » رواه أبو داود .

ولنا : أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم ، كولاية النكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى لأن ضرره أكثر . فإنه يجتهد فى إخراجه عن دينه ، ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه .

فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبته أهل النقل ، وفى إسناده مقال ، قاله ابن المنذر . ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً فى حقه .

٨٣٤٩ (فصـــــل)

فأما مَن بعضه حُر ، فإن لم تكن بينه وبين سيده مهايأة فهو كالقن ، لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه ، لأنه قال : كل ما يجزىء فعليه النصف من كل شىء ، وهذا اختيار أبى بكر ، وعند الشافعى لا حضانة له لأنه كالقن عنده وهو أصل قد تقدم .

٨٣٥٠ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ ولا حضانة لامرأة مزوجة لأجنبى من الطفل ﴾

إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وعن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج، ونقل مهنا عن أحمد: إذا تزوجت الأم وابنها صغير أُخذ منها. قيل له : فالجارية مثل الصبى ؟ قال : لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين. فظاهر هذا أنه لم يُزِل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام .

ووجه ذلك : ما روى أن عليًا وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنه حمزة ، فقال على : بنت عمى ، وقال زيد : بنت أخى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى وعند خالتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخالة أم » وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود بنحوه . فجعل لها الحضانة وهى مزوجة . والأولى هى الصحيحة . قال ابن أبى موسى : وعليها العمل ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أنتِ أحق به ما لم تنكحى » ولأنها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج ، فكان الأب أحظ له . ولأن منافعها مملوكة لغيرها فأشبهت الأمَة .

فأما بنتها فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لايساويه فى الاستحقاق إلا علىّ ، وقد رجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة . وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة برجل من أهل الحضانة كالجدة المزوجة للجد لم تسقط حضانتها ، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت زوجة الأب . ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو للخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة ، وكذلك كل عصبتين تساوتا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بذلك .

٨٣٥١ (فصـــل)

وظاهر هذا أن التزويج بالأجنبى يسقط الحضانة . وهو ظاهر قول الخرقى : وإن عرى عن الدخول ، وهو قول الشافعى ، ويحتمل أن لا يسقط إلا بالدخول ، وهو قول مالك . لأن به يشتغل عن الحضانة ، والأول أولى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أنتِ أحق به ما لم تنكحى » وقد وجد النكاح ، ولأن بالعقد تملك منافعها ، ويستحق زوجها منعها من حضانته ، فزال حقها كما لو دخل بها .

٨٣٥٢ (فصـــل)

إذا عدمت الأم ، أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضانة ، فأم الأب أولى من الخالة إذا اجتمعتا . وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد . وحكى عن مالك وعن أحمد : أن الأخت والخالة أحق من الأب . وقد ذكرناه ، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب ، وهو قديم قولى الشافعى . لأنها تدلى بأم وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قضى ببنت حمزة لخالتها وقال : « الخالة أم ».

ولنا : أن أم الأب جدة وارثة ، فقدمت على الخالة كأم الأم . ولأن لها ولادة فأشبهت أم الأم ، فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً فى الجملة ، وليس النزاع فيه ، إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع .

وقولهم : تدلى بأم .

قلنا : لكن لاولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الخالة . فعلى هذا : متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن ليس من عمودى النسب بكل حال ، وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة .

٨٣٥٣ (فصـــل)

وإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأم الأم أولى وإن علت درجتها ، لأن لها ولادة ، وهي تدلى بالأم التي تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب . وعن أحمد أن أم الأب أحق ، وهو قياس قول الخرقى ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتها للأخرى فى الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم . وإنما قدمت الأم على الأب لأنها أنثى تلى الحضانة بنفسها ، فكذلك أمه فإنها أنثى تلى بنفسها ، فقدمت لما ذكرنا .

٨٣٥٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ومتى زالت الموانع منهم ، مثل أن عتق الرقيق ، وأسلم الكافر ، وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، عاد حقهم من الحضانة ﴾ .

لأن سببها قائم ، وإنما امتنعت لمانع ، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق اللازم ، كالزوجة إذا طلقت فإنه يعود حقها من الحضانة ، كذلك هذا . وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ، إلا أن أبا حنيفة والمزنى قالا : إن كان رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبه ما لو كانت فى صلب النكاح .

ولنا : أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن .

قولهم : هى زوجة .

قلنا : إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن . ويخرج لنا مثل قولها لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج .

٨٣٥٥ (فصـــل)

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة فى الإقامة عند من شاء من أبويه . فإن كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره لهما . فأما الجارية فليس لها الانفراد ، ولأبيها منعها منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها . فإن لم يكن لها أب قام أولياؤها مقامه .

٨٣٥٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق ، وعنه الأم أحق ، فإن اختل شرط منها فالمقيم منهما أحق ﴾ .

وجملة ذلك : أن أحد الأبوين إذا أراد السفر لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً ، أو البلد الذى ينتقل إليه مخوفاً ، فالمقيم أحق به ، لأن فى السفر به خطراً . ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يُجب إليه لأن فيه تغريراً به ، وإن كان البلد الذى ينتقل إليه آمناً وطريقه آمن فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، فإن كان بين البلدين قرب بحيث يراه الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها . وقال القاضى : إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو فى حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن ذلك فى حكم الإقامة فى غير هذا الحكم فكذلك فى هذا ، ولأن مراعاة الأب له ممكنة . والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه .

قال شيخنا : وهو أولى، لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله ، فأشبه مسافة القصر . وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى: أن الأم أحق ، لأنها أتم شفقة أشبه ما لو لم يسافر واحد منهما . وقال أصحاب الرأى: إن انتقل الأب فالأم أحق به . ولذلك إن انتقلت الأم إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق. وحكى عن أبى حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهى أحق ، لأن فى البلد يمكن تعليمه وتخريجه .

ولنا : أنه اختلاف مسكن الأبوين فكان الأب أحق ، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية ، أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح . وما ذكروه لا يصح ، لأن الأب فى العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن فى بلده ضاع ، فأشبه مالو كان فى قرية ، وإن انتقلا جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها ، وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها . وغـير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها . وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة .

٨٣٥٧ (فصـــل)

وإذا بلغ الغلام سبع سنين خيّر بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما ، إذا لم يكن معتوهاً ، وتنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلىّ وشريح، وهو مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة

ومالك :لا يخيّر. قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به . وقال مالك : الأم أحق به حتى يثغر. وأما التخيير: فلا يصح ، فإن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكن من شهواته فيؤدى إلى إفساده، ولأنه دون البلوغ فلم يخيّر كمن دون السبع .

ولنا : ما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خيّر غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد والشافعى .

وفى لفظ عن أبى هريرة قال : «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عتبة وقد نفعنى ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت . فأخذ بيد أمه فانطلقت به » رواه أبو داود .

ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر « أنه خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد .

وروى عن عمارة الجرمى أنه قال : خيّرنى علىّ بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان . وروى نحو ذلك عن أبى هريرة .

وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعاً . ولأن التقديم فى الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكبر . واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك . وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشارع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدّمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، ولأنها أعرف بذلك وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .

٨٣٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهاراً ، وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه ﴾ .

إذا اختار الغلام أباه كان عنده ليلا ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، لأن منعه ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم ، وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن اختار الأم كان عندها ليلا ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه فى مكتب أو فى صناعة ، لأن القصد حظ الغلام ، وحظه فيما ذكرنا .

٨٣٥٩ (فصـــل)

وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً

أو أنثى ، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده ، فمشىُ ولده إليه أولى ، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة ، وستر الجارية أولى ، لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

٨٣٦٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه ، فإن عاد فاختار الأول رد إليه ﴾ .

هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه ، فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه فى المأكول والمشروب . وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت ، وعند الآخر فى وقت ، وقد يشتهى التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما .

٨٣٦١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن لم يختر أحدهما أقرع بينهما ﴾ .

لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته ، فيقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر نقل إليه ، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول ، فعلى القرعة التى هى بدل أولى .

٨٣٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا استوى اثنان فى الحضانة كالأختين قدم أحدهما بالقرعة لما ذكرنا ﴾.

٨٣٦٣ (فصـــــل)

فإن كان الأب معدوماً ، أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الإمام بينه وبين أمه ، لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمى بين أمه وعمه ، ولأنه عصبة فأشبه الأب ، وكذلك إن كانت الأم معدومة أو من غير أهل الحضانة فحضنته الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقــوم مقامه من العصبات . فإن كان الأبوان معدومين ، أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته أو عمته أوخالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى المذكور فى الأبوين . فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما ، فقال القاضى : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ، ونفقته فى بيت المال ، ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

٨٣٦٤ (فصـــــل)

وإنما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة . فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم وتعين الآخر .

والثانى : أن لا يكون الغلام معتوهاً ، فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير ، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه . ولو خير الصبى فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره ، لأنه إنما خير حين استقل بنفسه ، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته .

٨٣٦٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال:﴿ وإذا بلغت الجارية سبع سنين كانت عند أبيها ، ولا تمنع الأم زيارتها وتمريضها . وقال الشافعى : تخير كما يخير الغلام ﴾ .

لأن كل سن خيّر فيه الغلام خيّرت فيه الجارية كالبلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تتزوج أو تحيض . وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد رواية أن الأم أحق بها حتى تحيض . وقال مالك : الأم أحق بها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج ، لأنه لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها ، فكانت أحق بها كما قبل السبع .

ولنا : أن الغرض بالحضانة الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع فى السكون عند أبيها ، لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أحق بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبى صلى الله عليه وسلم عائشة وهى بنت سبع . وإنما تخطب الجارية من أبيها ، لأنه وليها والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث ، فينبغى أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها وإجبارها بخلاف مسألتنا . ولا يصح قياس ما قبل السبع على ما بعدها لما ذكرنا فى دليلنا ، والله أعلم .

٨٣٦٦ (فصـــل)

وإذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلا ونهاراً ، فإن تأديبها وتخريجها فى جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر ، من غير أن يخلو الزوج بأمها ، ولا يطيل ولا ينبسط ، لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما فى منزل الآخر . وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها فى بيتها .

آخر الباب ، والحمد لله رب العالمين .

كتاب الشهادات

والأصل فى الشهادات الـكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والعبرة .

أما الكتاب: فقول الله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[١]) وقال تعالى (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[٢]) (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ[٣]) .

وأما السنة : فما روى وائل بن حجر قال : « جاء رجل من حضرموت ، ورجل من كندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمى : يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لى . فقال الـكندى :هى أرضى وفى يدى فليس له فيها حق ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه . قال يارسول الله ، الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شىء . قال : ليس لك منه إلا ذلك . قال : فانطلق الرجل ليحلف له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر أن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح .

وروى محمد بن عبد الله العزرمى[٤] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » قال الترمذى : هذا حديث فى إسناده مقال ، والعزرمى يضعف فى الحديث من قبل حفظه ، ضعفه ابن المبارك وغيره ، إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا. قال الترمذى: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها ، قال شريح : القضاء جمر فنحه عنـك بعودين ، يعنى الشاهدين ، وإنما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ الشفاء على الداء .

٨٣٦٧ (فصـــل)

وتحمـل الشهادة وأداؤها فرض على الـكفاية ، لقول الله تعالى (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)[٥]

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) فى نسخ المغنى (محمد بن عبد الله العزرمى) والصواب كما فى الترمذى ج ١ ص ٢٥١ (محمد بن عبيد الله العرزمى) فأبوه (عبيد الله) لا (عبد الله) ، ولقبه (العرزمى) بتقديم الراء على الزاى وله ترجمة فى خلاصة تذهيب تهذيب الـكمال ص ٣٥٠ (ف)

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

وقال تعالى: (وَلاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ، وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)[1] وإنما خص القلب بالإثم لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة ، فلزم أداؤها كسائر الأمانات .

إذا ثبت هذا : فإن دعى إلى تحمل شهادة فى نكاح أو دَين أو غيره لزمته الإجابة ، وإن كانت عنده شهادة فدعى إلى أدائها لزمه ذلك ، فإن قام بالفرض فى التحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجميع ، وإن امتنع الكل أثموا . وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر فى التحمل أو الأداء ، أو كان ممن لا تقبل شهادته ، أو يحتاج الى التبذل فى التزكية ونحوها ، لم يلزمه ،لقول الله تعالى (وَلاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ)[2] وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره . واذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه ، لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه . وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يأثم ، لأنه قدتعين بدعائه ، ولأنه منهى عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء اذا ما دُعوا).

والثانى : لا يأثم ، لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين فى حقه كما لو لم يُدع إليها ، فأما قول الله تعالى (وَلاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ)[3] فقد قرىء بالفتح والرفع ، فمن رفع فهو خبر معناه النهى، ويحتمل معنيين:

أحدهما : أن يكون الكاتب[4] فاعلا أى لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجيب ، أو يكتب مالم يستكتب ، أو يشهد مالم يستشهد به .

والثانى : أن يكون يضار[5] فعل مالم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً ، أى لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما .

واشتقاق الشهادة من المشاهدة ، لأن الشاهد يخبر عما يشاهده ، وقيل : لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه ، وتسمى بينة ، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه .

٨٣٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقبل فى الزنا إلا أربعة رجال عدول أحرار مسلمين ﴾ .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣

(٢،٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) فيكون الأصل (لا يضارر) بكسر الراء الأولى فأدغمت الراء فى الراء والمعنى على هذا نهى الكاتب والشهيد أن يضرا أحد المتعاملين بعدم الإجابة أو بالتحريف والتغيير ونحو ذلك (ف)

(٥) فيكون الأصل (لا يضارر) بفتح الراء الاولى فأدغمت الراء فى الراء ، والمعنى على هذا نهى المتعاملين أن يضرا الكاتب أو الشهيد بدعوتهما إلى ذلك وهما مشغولان بمهم لهما فيكلفان تركه (ف)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل فى الزنا أقل من أربعة شهود . وقـد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لَوْلاَ جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء ، فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاء فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الكَاذِبُونَ) (١) فى آى سواها .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أربعة وإلا حد فى ظهرك(٢) » فى أخبار سوى هذا.

وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطناً ، وسواء كان المشهود عليه مسلماً أو ذمياً ، وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحراراً ، فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وشذ أبو ثور . فقال : تقبل فيه شهادة العبيد .

وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، لأنه نقص واحـد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان كالأموال .

ولنا : ظاهر الآية ، وأن العبد مختلف فى شهادته فى المال فـكان ذلك شبهة فى الحد ، لأنه بالشبهات يندرىء ، ولا يصلح قياس هذا على الأموال لخفة حكمها وشدة الحاجة إلى إثباتها لـكثرة وقوعها والاحتياط فى حفظها ، ولهذا زيد فى عدد شهود الزنا على شهود المال .

٨٣٦٩ (فصـــل)

وفى الإقرار بالزنا روايتان : ذكرهما أبو بكر. وللشافعى فيه قولان :

أحدهما : يثبت بشاهدين قياساً على سائر الأقارير .

والثانى : لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا أشبه فعله .

٨٣٧٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولا يقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين ﴾

وهذا القسم نوعان :

أحدهما : العقوبات وهى الحدود والقصاص ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين ، إلا ماروى عن عطاء وحماد أنهما قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة فى الأموال .

ولنا : أن هذا مما يحتاط لدرئه وإسقاطه ، ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى إثباته . وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى(٣)) وأنه لا تقبل شهادتهن وإن كثرن مالم يكن معهن رجل،فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه. ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق،وبهذا الذى ذكرنا : قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وحماد والزهرى وربيعة ومالك

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) ورد بلفظ « البينة وإلا حد فى ظهرك » أخرجه أبو داود ج ١ ص ٥٢٢ وابن ماجة ج ١ ص ٦٣٧ والنسائى والحاكم فى قصة لعان (ف) (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ماخلا الزنا ، إلا الحسن فإنه قال : الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا ، لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبه الزنا.

ولنا : أنه أحد نوعي القصاص فأشبه القصاص في الطرف ، وما ذكره من الوصف لا أثر له ، فإن الزنا الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة ، ولأن حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الإقرار به . ويعتبر في شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة مايعتبر في شهداء الزنا على ماسنذكره .

الثاني : ما ليس بعقوبة كالنكاح ، والرجعة ، والطلاق ، والعتاق ، والإيلاء ، والظهار ، والنسب ، والتوكيل ، والوصية إليه ، والولاء ، والكتابة ، وأشباه هذا ، فقال القاضي : المعول عليه في المذهب أن هذا لايثبت إلا بشاهدين ذكرين ، ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال .

وقد نص أحمد في رواية الجماعة على أنه لاتجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق .

وقد نقل عن أحمد في الوكالة إن كانت بمطالبة دَين ، يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، فأما غير ذلك فلا . ووجه ذلك : أن الوكالة في اقتضاء الدَّين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة .

قال القاضي : فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لاتقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة ، وما عداه يخرج على روايتين .

وقال أبو الخطاب : يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان :

إحداها : لاتقبل فيه إلا شهادة رجلين ، وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق .

والثانية : تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين . روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى ذلك في النكاح عن عطاء ، واحتجوا بأنه لايسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال .

ولنا : أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص ، وما ذكروه لا يصح ، فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح وإن تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح .

٨٣٧١ (فصـــل)

وقد نقل من أحمد رضي الله عنه في الإعسار مايدل على أنه لايثبت إلا بثلاثة لحديث قُبَيْصةَ بن المُخارِق

« حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة[1] » قال أحمد : هكذا جاء الحديث ، فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل ، فظاهر هذا أنه يقبل فى الوصية شهادة رجل واحد .

وقال فى الرجل يوصى ولا يحضره إلا النساء ، قال : أجيز شهادة النساء ، فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال .

قال القاضى : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة فى حل المسألة لا فى الإعسار.

٨٣٧٢ (فصـــل)

ولا يثبت شىء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلئلا يثبت بشهادة واحد ويمين أولى . قال أحمد ومالك فى الشاهد واليمين : وإنما يكون ذلك فى الأموال خاصة لا يقع فى حد ولا نـكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل .

وقد قال الخرقى : إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ، ونص عليه أحمد . وقال فى شريكين فى عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين ، فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ، فيخرج مثل هذا فى الـكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيـكون فى الجميع روايتان . ماخلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه ، فإنها لا تثبت بشاهد ويمـين قولا واحداً .

قال القاضى : المعمول عليه فى جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت إلا بشاهدين ، وهو قول الشافعى .

وروى الدارقطنى بإسناده عن أبى سلمة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « استشرت جبريل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علىّ فى الأموال لا تعد ذلك »[2] .

وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم فى الأموال » وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد وغيره بإسنادهم .

---

(١) نص الحديث عن أبى بشر قبيصة بن المخارق رضى الله عنه قال : تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال : أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ثم قال : يا قبيصة ، إن المسألة لاتحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد: أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتاً » رواه مسلم وأبو داود والنسائى (ف)

(٢) قال الشوكانى فى نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٨٤ « إسناده ضعيف » . (ف)

٨٣٧٣ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يقبل فى الأموال أقل من رجل وامرأتين ، ورجل عدل مع يمين الطالب ﴾

وجملة ذلك : أن المال كالقرض والغصب والديون كلها ، وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له ، والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص ، كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج ، تثبت بشهادة رجل وامرأتين .
وقال أبو بكر : لا تثبت الجناية فى البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص ، والأول أصح لأن موجبها المال فأشبهت البيع ، وفارق ما يوجب القصاص ، لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء ، وكذلك ما يوجبه . والمال يثبت بشهادة النساء ، وكذلك ما يوجبه . ولا خلاف فى أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك فى كتابه بقوله سبحانه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ ـ إلى قوله ـ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[1]) وأجمع أهل العلم على القول به . وقد ذكرنا خبر أبى هريرة وابن عباس فيه .

٨٣٧٤ (فصـــــــل)

وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين . روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبى سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبى ليلى وأبى الزناد والشافعى . وقال الشعبى والنخعى وأصحاب الرأى والأوزاعى : لا يقضى بشاهد ويمين . وقال محمد بن الحسن : من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه ، لأن الله تعالى قال (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ[2]) فمن زاد فى ذلك فقد زاد فى النص ، والزيادة فى النص نسخ ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه ، كما حصر البينة فى جانب للمدعى .

ولنا : ما روى سهيل عن أبيه عن أبى هريرة قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد » رواه سعيد بن منصور فى سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد . قال الترمذى: هذا حديث حسن غريب . وفى الباب[3] عن على وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائى: إسناد حديث ابن عباس

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٣) هكذا بالأصل

فى اليمين مع الشاهد إسناد جيد ، ولأن اليمين تشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفى حق المنكر لقوة جنبته ، فإن الأصل براءة ذمته والمدعى هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين فى حقه ولا حجة لهم فى الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع فى هذا .

وقولهم : إن الزيادة فى النص نسخ ، غير صحيح ، لأن النسخ الرفع والإزالة ، والزيادة فى الشىء تقرير له لا رفع ، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ، ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً ، وكذلك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة فى التحمل دون الأداء ، ولهذا قال (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)[1] والنزاع فى الأداء وحديثهم ضعيف ، وليس هو للحصر ، بدليل أن اليمين تشرع فى حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها ، وفى حق الأمناء لظهور جنايتهم ، وفى حق الملاعن ، وفى القسامة . وتشرع فى حق البائع والمشترى إذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة . وقول محمد فى نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى : (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)[2] والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

٨٣٧٥ (فصل)

قال القاضى : يجوز أن يحلف على مالا تسوغ الشهادة عليه ، مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان ، وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره ، أو يجد فى رزمانج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ، ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به . ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يـ ز له أن يشهد به ، وبهذا قال الشافعى . والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة لغيره ، فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ، ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه ، لأن الحق إنما هو للحالف ، فلا يزور أحد عليه .

الثانى : أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٢) سورة النساء آية ٦٥ .

٨٣٧٦ (فصـــل)

وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين ، فلا فرق بين كون المدعى مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، رجلا أو امرأة ، نص عليه أحمد ، لأن من شرعت فى حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة .

٨٣٧٧ (فصـــل)

قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعى ، ويروى عن أحمد ، فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

٨٣٧٨ (فصـــل)

ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى ، وبه قال الشافعى . وقال مالك : يقبل ذلك فى الأموال ، لأنهما فى الأموال أقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل .

ولنا : أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل ، كما لو شهد أربع نسوة . وما ذكروه يبطل بهذه الصورة ، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ، ولقبل فى غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل ، واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

٨٣٧٩ (فصـــل)

إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه ، وأقام بذلك شاهداً،وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان ، وجب له المال المشهود به إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً ، ولا يجب القطع ، لأن هذه حجة فى المال دون القطع ، وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية .

والفرق بين المسألتين أن السرقة توجب القطع والغرم معاً ، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر . والقتل العمد موجبه القصاص عيناً فى إحدى الروايتين ، والدية بدل عنه ولا يجب البدل ما لم يوجد المبدل .

وفى الرواية الأخرى الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما .

وقال ابن أبى موسى : لا يجب المال فى السرقة أيضاً إلا بشاهدين ، لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال ، فإذا بطلت فى إحدهما بطلت فى الأخرى . والأول أولى لما ذكرناه .

وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام

بذلك شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، ثبت قتل الثانى لأنه خطأ موجبه المال ، ولم يثبت قتل الأول لأنه عمد موجبه القصاص ، فهما كالجنايتين المفترقتين ، وعلى قول أبى بكر لا يثبت شىء منهما ، لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين ، سواء كان موجبها المال أو غيره .

ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا ، لحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه ، فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهـدا بالسرقة والغصب ، أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب ، لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ، ولم يثبت طلاق ولا عتاق ، لأن هذه البينة حجة فى المال دون الطلاق والعتاق . وظاهر مذهب الشافعى فى هذا الفصل كمذهبنا ، إلا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا .

٨٣٨٠ (فصـــل)

ولو ادعى جارية فى يد رجل أنها أم ولده ، وأن ابنها ابنه منها ولد فى ملكه ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده حكم له بالجارية ، لأن أم الولد مملوكة له ، ولهذا يملك وطأها وإجارتها وتزويجها ، ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره ، لأن إقراره ينفذ فى ملكه ، والملك يثبت بالشاهد والمرأتين، والشاهد واليمين ، ولا يحكم له بالولد ، لأنه يدعى نسبه ، والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حريته أيضاً . فعلى هذا يقر الولد فى يد المنكر مملوكا له ، وهـذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يأخذها وولدها ويكون ابنه ، لأن من ثبتت له العين ثبت له نماؤها ، والولد نماؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولى الشافعى .

ولنا : أنه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعى حريته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه .

٨٣٨١ (فصـــل)

وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فأنكرت ، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين ، أو يمين المدعى ، لأنه يدعى المال الذى خالعت به ، وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين ، لأنها لا تقصـد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ، ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة .

٨٣٨٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل ﴾

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى قبول شهادة النساء المنفردات فى الجملة .

قال القاضى : والذى تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة ، والاستهلال ، والرضاع ، والعيوب تحت الثياب ، كالرتق ، والقرن ، والبكارة ، والثيابة ، والبرص ، وانقضاء العدة . وعن أبى حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع ، لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال ، فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا : ما روى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فأتت أمَةٌ سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فأعرض عنى ، ثم أتيته فقلت: يا رسول الله إنها كاذبة قال : كيف وقد زعمت ذلك » [1] متفق عليه . ولأنها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ، وتخالف العقد فإنه ليس بعورة .

وحكى عن أبى حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل فى الاستهلال ، لأنه يكون بعد الولادة ، وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم ، لأنه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال ، فأشبه الولادة نفسها .

وقد روى عن على رحمه الله أنه أجاز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال . رواه الإمام أحمد وسعيد ابن منصور ، إلا أنه من حديث جابر الجعفى . وأجازه شريح والحسن والحارث العكلى وحماد .

٨٣٨٣ (فصــــل)

إذ ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة . وقال طاوس : تجوز شهادة المرأة فى الرضاع وإن كانت سوداء . وعن أحمد رواية أخرى : لا تقبل فيه إلا امرأتان ، وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وابن شبرمة ، وإليه ذهب مالك والثورى ، لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهن عقلا ، ولا يقبل منهم إلا اثنان . وقال عثمان البتى : يكفى ثلاث ، لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة فى ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبى وقتادة والشافعى وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع ، لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « شهادة امرأتين بشهادة رجل » [2] .

---

(١) الحديث رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى ولم يروه مسلم ، فلا يصح قول ابن قدامة متفق عليه . قال الحافظ فى الدراية ج ٤ ص ٦ « وهم من ذكر هذا الحديث فى المتفق »

واسم أم يحيى غنية بفتح الغين وكسر النون وتشديد الياء وقيل زينب (ف)

(٢) هو بعض حديث أخرجه البخارى ج ١ ص ٨٣ ومسلم ج ١ ص ٨٦ ، ٨٧ ولفظه « عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإنى رأيتكن أكثر أهل =

ولنا : ما روى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمَةٌ سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فجئت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك ، فأعرض عنى ، ثم ذكرت له ذلك ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه .

وروى حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة . ذكره الفقهاء فى كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يجزئ فى الرضاع شهادة امرأة واحدة» ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات . وما ذكره الشافعى من اشتراط الحرية غير مسلم . وقول النبى صلى الله عليه وسلم « شهادة امرأتين بشهادة رجل فى الموضع الذى تشهد فيه مع الرجل » .

٨٣٨٤ (فصـــــل)

فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تقبل شهادته وحده ، لأنه أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها فلأن يكتفى به أولى ، ولأن ما قُبل فيه قول المرأة الواحدة قُبل فيه قول الرجل كالرواية .

٨٣٨٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد ، لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك ﴾ .

وجملته : أن أداء الشهادة من فروض الكفايات ، فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفى فيها سواه لزمه القيام بها ، وإن قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات . ودليل وجوبها قول الله تعالى : (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)[1] ، وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا)[2] ، وفى الآية الأخرى : (كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى)[3] ، ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها عند طلبه كالوديعة ، ولقوله تعالى: (إنَّ اللهَ

= النار،فقالت امرأةمنهن جزلة : ومالنا يارسول الله أكثر أهل النار قال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكن ، قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل والدين ؟ قال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل،وتمكث الليالى ما تصلى وتفطر فى رمضان فهذا نقصان الدين » . (ف)

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣ (٢) سورة النساء آية ١٣٥

(٣) سورة المائدة آية ٨

يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا)[١] ، فإن عجز عن إقامتها أو تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى : (وَلاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ)[٢] .

٨٣٨٦ (فصـــل)

ومن له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة ، لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضاً ، وإن لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذه ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية . فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين . وإن تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضاً ، واحتمل أن لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه ، وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين .

٨٣٨٧ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وما أدركه من الفعل نظراً ، أو سمعه تيقناً وإن لم ير المشهود عليه شهد به ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه بدليل قوله تعالى : (إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ)[٣] وقوله تعالى : (وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَـٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً)[٤] وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ، ولأن مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر والسمع .

وروى عن ابن عباس أنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة ، قال : هل ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد أو دع » رواه الخلال فى الجامع[٥] بإسناده .

إذا ثبت هذا : فإن مدرك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان : الرؤية والسماع ، وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة إليها فى الشهادة فى الأغلب . فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال كالغصب والإتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال . وكذلك الصفات المرئية كالعيوب فى المبيع ونحوها ، فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية ، لأنه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك . وأما السماع فنوعان :

---

(١) سورة النساء آية ٥٨ (٢) سورة البقرة آية ٢٨٢
(٣) سورة الزخرف آية ٨٦ (٤) سورة الإسراء آية ٣٦

(٥) أخرجه أيضاً العقيلى والحاكم وأبو نعيم فى الحلية وابن عدى والبيهقى من حديث طاوس عن ابن عبـاس وصححه الحاكم وتعقبه الذهبى فى مختصره فقـال : بل هو حديث واه فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد (ف)

أحدهما : من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والإجارة وغيرهما من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين . ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما . وبهذا قال ابن عباس والزهرى وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبى ليلى ومالك .

وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه . لأن الأصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط .

ولنا : أنه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كما لو رآه ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور . وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً . وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى ، ورواية من روى عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محارمهن .

وأما النوع الثانى : فسنذكره إن شاء الله تعالى فى المسألة التى تلى هذا .

٨٣٨٨ (فصـــــل)

إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً . وإن لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته ، وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه ، نص عليه أحمد ، قال مهنا : سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له ، فقال : إذا قال أشهدُ أنّ لهذا عَلَى هَذَا وهما شَاهِدَانِ جميعاً فلا بأس ، وإن كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

٨٣٨٩ (فصـــــل)

والمرأة كالرجل فى أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها من غيبتها . وإن لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها . قال أحمد فى رواية الجماعة : لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف ، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها . وإن كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد وإلا فلا يشهد . فأما إن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها . ويجوز أن يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر إلى وجهها .

قال أحمد : ولا يشهد على امرأة حتى ينظر إلى وجهها ، وهذا محمول على الشهادة على من يتيقن معرفتها ، فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه فى المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه . فقد روى عن أحمد أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها ، وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على

شهادته . وهذا صريح فى المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره . وقال القاضى : يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة . وظاهر قوله المنع منه .

وقال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها ، وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها إلا بإذن زوجها ، لما روى عمرو بن العاص قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن » رواه أحمد فى مسنده ، فأما الشهادة عليها فى غير بيتها فجائزة . لأن إقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح ، فجاز أن يشهد عليها به .

٨٣٩٠ (فصـــــــل)

وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز له أن يشهد بذلك ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لايجوز أن يشهد بها . قال أحمد فى رواية حرب : فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة ، قال : لا يشهد إلا بما يعلم . وقال فى رواية غيره : يشهد إذا عرف خطه ، وكيف تكون الشهادة إلا هكذا ؟ وقال فى موضع آخر : إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ . وقال أيضاً : إذا كان ردىء الحفظ فيشهد ويكتبها عنده ، وهذه رواية ثالثة : وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه فى حرزه ، ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضى فى إحدى الروايتين : إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ، ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك .

٨٣٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى قلبه شهد به ، كالشهادة على النسب والولادة ﴾ .

هـذا النوع الثانى من السماع ، وهو ما يعلمه بالاستفاضة . وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها فى النسب والولادة . قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه . وقال : قال الله تعالى : (يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ[1]) .

واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة ، فقال أصحابنا : هو تسعة أشياء : النكاح ، والملك المطلق ، والوقف ، ومصرفه ، والموت ، والعتق ، والولاء ، والولاية ، والعزل . وبهذا قال أبو سعيد الأصطخرى وبعض أصحاب الشافعى. وقال بعضهم : لا تجوز فى الوقف والولاء والعتق

---

(١) سورة البقرة آية ١٤٦ .

والزوجية . لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع ، فإنها شهادة بعقد فأشبه سائر العقود . وقال أبو حنيفة : لا تقبل إلا فى النـكاح والموت . ولا تقبل فى الملك المطلق ، لأنها شهادة بمال أشبه الدَّين . وقال صاحباه : يقبل فى الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس .

ولنا : أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها فى الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب . قال مالك : ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بالسماع . وقال مالك : السماع فى الأحباس والولاء جائز . وقال أحمد فى رواية المروذى : أشهد أن دار بختان لبختان . وإن لم يشهدك . وقيل له : تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد النـكاح ؟ فقال : نعم إذا كان مستفيضاً ، فأشهد أقول إن فاطمة ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن خديجة وعائشة زوجاه ، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة .

فإن قيل: يمكنه العلم فى هذه الأشياء بمشاهدة السبب .

قلنا : وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً ، فإنه يجوز أن يشترى ما ليس بملك البائع ، ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وإن تصور ذلك فهو نادر ، وقول أصحاب الشافعى : تمكن الشهادة فى الوقف باللفظ لا يصح ، لأن الشهادة ليست بالعقود هاهنا . وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد ، فهو بمنزلة الملك . وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد . وكذلك الحرية والولاء . وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك ، لأنها مترتبة على الملك ، فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء . قال مالك : ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على السماع .

إذا ثبت هـذا : فـكلام أحمد والخرقى : يقتضى أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تـكثر به الأخبار ، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، لقول الخرقى : فيما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى القلب ، يعنى حصل العلم به . وذكر القاضى فى المجرد أنه يكفى أن يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين ، وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعى . والقول الأول : هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لـكثرته ، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط فى الشهادة على الشهادة ، وإنما اكتفى بمجرد السماع .

٨٣٩٢ (فصــــــل)

فإن كان فى يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف المـلاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع ، فقال أبو عبد الله بن حامد : يجوز أن يشهد له بملكها ، وهو قول

أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي . قال القاضي : ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف ، لأن اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون بإجارة وإعارة وغصب ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

ووجه الأول أن اليد دليل الملك ، واستمرارها من غير منازع يقويها ، فجرت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها عن غصب أو إجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعاً كما لو شاهد سبب اليد ، فإن احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا هاهنا .

فإن قيل : فإذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم .

قلنا : الظن يسمى علماً . قال الله تعالى : (فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ)[1] ولا سبيل إلى العلم اليقيني هاهنا فجازت بالظن .

٨٣٩٣ (فصـــل)

وإذا سمع رجلا يقول لصبي : هذا ابني جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه ، وإن سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت ، جاز أن يشهد أيضاً . لأن سكوت الأب إقرار له ، والإقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به . وإنما أقيم السكوت هاهنا مقام الإقرار ، لأن الإقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى . ولأن النسب يغلب فيه الإثبات ، ألا ترى أنه يلحق بالإمكان في النكاح ؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر ، لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي وإنما أُقيم مقامه ، فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار .

٨٣٩٤ (فصـــل)

وإذا شهد عدلان أن فلاناً مات وخلف من الورثة فلاناً وفلاناً . لا نعلم له وارثاً غيرهما ،قبلت شهادتهما، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري . وقال ابن أبي ليلى : لا تقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما .

ولنا : أن هذا مما لا يمكن علمه ، فيكفي فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر. قال أبو الخطاب : سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة ، لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه ، بخلاف أهل الخبرة الباطنة ، فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر

---

(١) سورة الممتحنة آية ١٠

لم يخف عليهم ،وهذا قول الشافعى . فأما إن قالا : لانعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بأرض كذا وكذا لم تقبل، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبوحنيفة: يقضى به كما لو قالا : لانعلم له وارثاً ، وذكر ذلك مذهباً لأحمد أيضاً .

ولنا: أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث، لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له فى تلك الأرض ، ويعلمان له وارثاً فى غيرها فلم تقبل شهادتهما ، كما لو قالا : لانعلم له وارثاً فى هذا البيت .

٨٣٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلماً بالغاً عدلا ، لم تجز شهادته ﴾ .

وجملته : أن يعتبر فى الشاهد سبعة شروط :

أحدها : أن يكون عاقلا ، ولاتقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعاً ، قاله ابن المنذر . وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية ، وذلك لأنه ليس بمحصل ولاتحصل الثقة بقوله ، ولأنه لايأثم بكذبه ولا يتحرز منه .

الثانى : أن يكون مسلماً . ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى .

الثالث: أن يكون بالغاً ، فلاتقبل شهادة صبى لم يبلغ بحال . يروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق وأبوعبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن شهادتهم تقبل فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التى تجارحوا عليها ، وهذا قول مالك ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا .

قال ابن الزبير : إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يعقلوا ويحفظوا .

وعن الزهرى أن شهادتهم جائزة ، ويستحلف أولياء المشجوج ، وذكره عن مروان .

وروى عن أحمد رواية ثالثة أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر . قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم فى غير الحدود والقصاص كالعبيد .

وروى عن علىّ رضى الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعى . قال إبراهيم : كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم . قال المغيرة : وكان أصحابنا لايجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال : كنا عند علىّ فجاءه خمسة غلمة فقالوا إنا كنا ستة غلمة نتغاط[1]

(١) يقال : تغاط الرجلان فى الماء أى غمس كل واحد صاحبه فيه (ف).

فغرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الإثنين أنهما غرقاه ، وشهد الإثنان على الثلاثة أنهم غرقوه ، فجعل على الإثنين ثلاثة أخماس الدية ، وجعل على الثلاثة خمسيها . وقضى بنحو هذا مسروق . والمذهب أن شهادتهم لاتقبل فى شىء لقول الله تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ[1]) وقال (وَاشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[2]) وقال (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[3]) والصبى ممن لايرضى . وقال (ولاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُه[4]) فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم ، والصبى لايأثم ، فيدل على أنه ليس بشاهد ، ولأن الصبى لايخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلاتحصل الثقة بقوله ، ولأن من لايقبل قوله على نفسه فى الإقرار لاتقبل شهادته على غيره كالمجنون .

يحقق هذا أن الإقرار أوسع ، لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولاتصح الشهادة منهم ، ولأن من لاتقبل شهادته فى المال لاتقبل فى الجراح كالفاسق ، ومن لاتقبل شهادته على من ليس بمثله لاتقبل على مثله كالمجنون .

الشرط الرابع : العدالة ، لقول الله تعالى : (وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)[5] ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ، ولقول الله تعالى : (إِنْ جاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا[6]) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا محدود فى الإسلام ، ولا ذى غمر على أخيه[7]» رواه أبو عبيد . وكان أبو عبيد لايراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس ، بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره . قال الله تعالى: (إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ[8]) الآية .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) سورة البقرة آية ٢٨٣ (٥) سورة الطلاق آية ٢ (٦) سورة الحجرات آية ٦

(٧) عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله ﷺ : «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت» — والقانع الذى ينفق عليه أهل البيت . رواه أحمد وأبو داود — وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة ولا ذى غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع بأهل البيت لهم ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة قال الفزارى — أحد رواة الحديث — القانع : التابع » ج ٢ ص ٤٨ من سنن الترمذى ، قال أبو داود : الغمر : الشحناء . ومثله فى الدارقطنى ج ٢ ص ٥٢٩ (ف) .

(٨) سورة الأحزاب آية ٧٢

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا يؤسر رجل بغير العدول ، ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره .

إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان :

أحدهما : من حيث الأفعال فلا نعلم خلافاً فى رد شهادته .

والثانى : من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً ، وبه قال مالك وشريك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال شريك : أربعة لا تجوز شهادتهم : (رافضى) يزعم أن له إماماً مفترضة طاعته (وخارجى) يزعم أن الدنيا دار حرب (وقدَرى) يزعم أن المشيئة إليه (ومرجىء) ورد شهادة يعقوب وقال : ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الإيمان ؟

وقال أبو حامد من أصحاب الشافعى : المختلفون على ثلاثة أضرب :

ضرب اختلفوا فى الفروع ، فهؤلاء لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم ، وقد اختلف الصحابة فى الفروع ومن بعدهم من التابعين .

الثانى : من نفسقه ولا نكفره ، وهو من سب القرابة كالخوارج ، أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك .

الثالث : من نكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة .

وذكر القاضى أبو يعلى : مثل هذا سواء . قال : وقال أحمد : ما تعجبنى شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعلنة .

وظاهر قول الشافعى وابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء .

وأجاز سوار شهادة ناس من بنى العنبر ممن يرى الاعتزال . قال الشافعى : إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية[1] ، وهم أصحاب أبى الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه .

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام ، أشبه الاختلاف فى الفروع ،

---

(١) الخطابية : أتباع أبى الخطاب محمد بن أبى زينب مولى لبنى أسد ، قالوا إن ولد الحسين وشيعتهم أبناء الله وأحباؤه ويستحلون شهادة الزور لمن وافقهم فى دينهم على من خالفهم فى الأموال والدماء والفروج ويقولون إن دماءهم وأموالهم ونساءهم لهم حلال حيث كانوا مخالفين لهم ، وقد خرج أبو الخطاب على والى الكوفة أيام أبى جعفر المنصور فبعث عسكراً إليه فأسروه وأمر بصلبه فى كناسة الكوفة فقتله عيسى بن موسى . انظر رسالة الحور العين ص ١٦٦ والتبصير فى الدين ص ٧٤ (ف) .

ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ، ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال .

قال أبو الخطاب : ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذى يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به ، وقد روى عن أحمد جواز الرواية عن القدَرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

ولنا : أنه أحد نوعى الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية وللمعنى .

الشرط الخامس : أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به ، فإن كان مغفلا أو معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته .

الشرط السادس : أن يكون ذا مروءة

الشرط السابع : انتفاء الموانع .

وسنشرح هذه الشروط فى مواضعها إن شاء الله تعالى .

٨٣٩٦ (فصل)

ظاهر كلام الخرقى أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية ، وشهادة أهل القرية على البدوى صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط ، وهو قول ابن سيرين وأبى حنيفة والشافعى وأبى ثور ، واختاره أبو الخطاب .

وقال الإمام أحمد : أخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية ، فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته ، وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبى عبيد . وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح ، وكقول الباقين فى الجراح احتياطاً للدماء . واحتج أصحابنا بما روى أبو داود فى سننه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية[1] » ولأنه متهم حيث عدل عن أن يشهد قروياً وأشهد بدوياً . قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء فى الدين .

ولنا : أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ، ويحمل الحديث

---

(١) أخرجه أبو داود فى سننه ج ٢ ص ٢٧٥ وكذلك ابن ماجة ج ٢ ص ٦٦ قال الخطابى: إنما لا تقبل شهادة البدوى لجهالتهم بأحكام الشرع وبكيفية تحمل الشهادة وأدائها بغير زيادة ونقصان — وهذا التعليل غير سليم لأن الجهالة إن كانت هى العلة لم يكن للتخصيص فى قوله (على صاحب قرية) فائدة (ف).

على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ، ونخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته .

٨٣٩٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والعدل من لم تظهر منه ريبة ، وهذا قول ابراهيم النخعى وإسحاق ﴾ .

وجملته : أن العدل هو الذى تعتدل أحواله فى دينه وأفعاله . قال القاضى : يكون ذلك فى الدين والمروءة والأحكام . أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة ، فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف ، فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ، ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلاَّ اللَّمَمَ)[(١)] قيل : اللمم صغار الذنوب ، ولأن التحرز منها غير ممكن . جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال[(٢)] :

إن تغفر اللهم تغفر جما وأى عبد لك لا ألما ؟

أى لم يلم ، فإن لا مع الماضى بمنزلة لم مع المستقبل .

وقيل : اللمم أن يلم بالذنب ثم لا يعود فيه . والكبائر كل معصية فيها حد ، والإشراك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، وشهادة الزور ، وعقوق الوالدين .

وروى أبو بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الإشراك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، وعقوق الوالدين ـ وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور ، وقول الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت » متفق عليه .

---

(١) سورة النجم آية ٣٢ .

(٢) أخرج هذا الحديث الحاكم والترمذى عن ابن عباس ج ٢ ص ٢٢٤ ، ج ١٢ ص ١٧٣ بشرح ابن العربى قال الترمذى عقبه عند قوله تعالى (إلا اللمم) بسورة النجم : « هذا حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث زكريا بن إسحاق وقال المناوى فى فيض القدير ج ٣ ص ٢٩ « وهذا بيت لأمية بن أبى الصلت تمثل به المصطفى صلى الله عليه وسلم والمحرم عليه إنشاء الشعر لا إنشاده ومعناه إن تغفر ذنوب عبادك فقد غفرت ذنوباً كثيرة فإن جميع عبادك خطاءون » .

وفى خزانة الأدب للبغدادى ج ٢ ص ٢٥٦ قال : إن هذا البيت لأمية بن أبى الصلت قاله عند موته وقد أخذه أبو خراش وضمه إلى بيت آخر وكان يقولها وهو يسعى بين الصفا والمروة . وقد تمثل به النبى صلى الله عليه وسلم وصار من جملة الأحاديث » اه (ف) .

قال أحمد : ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ، ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله. وإذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ، ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين . ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه .

وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة خائن ، ولا خائنة ، ولا مجلود في حد ، ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ، ولا القانع لأهل البيت ، ولا مجرّب عليه شهادة زور ، ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذي غمر على أخيه[1] » .

فأما الصغائر ، فإن كان مصراً عليها ردت شهادته ، وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الأمور الدنيئة المزرية به ، وذلك نوعان : أحدهما : من الأفعال كالأكل في السوق ، يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ، ولا يعني به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه ، أو يمد رجليه في مجمع الناس، أو يتمسخر بما يضحك الناس به، أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش ، أو يحدّث الناس بمباضعته أهله ، ونحو هذا من الأفعال الدنيئة . ففاعل هذا لا تقبل شهادته ، لأن هذا سخف ودناءة ، فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله . قال أحمد في رجل شتم بهيمة : قال الصالحون : لا تقبل شهادته حتى يتوب .

وقد روى أبو مسعود البدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : إذا لم تستح فاصنع ما شئت[2] » يعني من لم يستح صنع ما شاء ، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ، ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

وقد روى عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي صلى الله عليه وسلم وصفته فقال : والله لولا أني كرهت أن يؤثر على الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ، ولأن الكذب دناءة ، والمروءة تمنع من

---

(١) هذا الحديث هو الذي رواه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٥ أما الذي قبله فرواه الترمذي ج ٢ ص ٤٨ وفيه (ولا ظنين) بالظاء لا بالضاد ومعناه متهم. والظنين في ولاء هو الذي ينتمي إلى غير مواليه لا تقبل شهادته للتهمة كما في نهاية ابن الأثير ج ٣ ص ٥٧ (ف).

(٢) أخرجه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجة (ف) .

الدناءة ، وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت فى العدالة كالدين ، ومن فعل شيئاً من هذا مختفياً به لم يمنع من قبول شهادته ، لأن مروءته لاتسقط به . وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلا لم ترد شهادته ، لأن صغير المعاصى لايمنع الشهادة إذا قلّ فهذا أولى ، ولأن المروءة لاتختل بقليل هذا مالم يكن عادته .

النوع الثانى : فى الصناعات الدنيئة ، كالكسّاح[1] والكناس لاتقبل شهادتهما ، لما روى سعيد فى سننه «أن رجلا أتى ابن عمر فقال له : إنى رجل كناس ، قال أى شىء تكنس ؟ الزبل ؟ قال : لا قال فالعذرة ؟ قال : نعم . قال : منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال : نعم . قال : الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه » وعن ابن عباس مثله فى الكساح ، ولأن هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبه الذى قبله .

فأما الزبال والقرّاد[2] والحجام ونحوهم ففيه وجهان :

أحدهما : لاتقبل شهادتهم لأنه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذى قبله .

والثانى : تقبل لأن بالناس إليه حاجة . فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة فى وقتها ويصليها ، فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً .

وأما الحائك والحارس والدباغ فهى أعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة . وذكرها أبو الخطاب فى جملة مافيه وجهان .

وأما سائر الصناعات التى لادناءة فيها فلا ترد الشهادة بها ، إلا من كان منهم يحلف كاذباً ، أو يعد ويخلف ، وغلب هذا عليه ، فإن شهادته تردّ . وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ، أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ، ومن كانت صناعته محرمة ، كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له . ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا ، كالصائغ والصيرفى ولم يتوقّ ذلك ، ردت شهادته .

٨٣٩٨ (فصل فى اللعب)

كل لعب فيه قمار فهو محرم ، أى لعب كان ، وهو من الميسر الذى أمر الله تعالى باجتنابه . ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته ، وما خلا من القمار وهو اللعب الذى لاعوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما ، فمنه ماهو محرم ، ومنه ماهو مباح . فأما المحرم فاللعب بالنرد ، وهذا قول أبى حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى . وقال بعضهم : هو مكروه غير محرم .

---

(١) الكساح : الذى ينظف الحشوش . الكناس : الذى يكنس الأسواق وغيرها (ف).

(٢) الزبال : الذى يجمع الزبل . القراد : الذى يربى القرود (ف) .

ولنا : ماروى أبو موسى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من لعب بالنردشير فقدعصى الله ورسوله» .

وروى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده فى لحم الخنزير ودمه» رواهما أبو داود .

وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم .

إذا ثبت هذا : فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قاراً أو غير قار ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعى . قال مالك : من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائلة ، لأن الله تعالى قال (فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلاَلُ ؟)[1] وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال .

٨٣٩٩ (فصـــــــل)

فأما الشطرنج ، فهو كالنرد فى التحريم ، إلا أن النرد آكد منه فى التحريم لورود النص فى تحريمه، لكن هذا فى معناه ، فيثبت فيه حكمه قياساً عليه .

وذكر القاضى أبو حسين : ممن ذهب إلى تحريمه على بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالماً وعروة ومحمد بن على بن الحسين ومطر الوراق ومالكا ، وهو قول أبى حنيفة. وذهب الشافعى إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هى فى معنى المنصوص عليه فتبقى على الإباحة ، ويفارق الشطرنج النرد من وجهين :

أحدهما : أن فى الشطرنج تدبير الحرب ، فأشبه اللعب بالحراب ، والرمى بالنشاب ، والمسابقة بالخيل .

والثانى : أن المعوّل فى النرد على مايخرجه الكعبتان فأشبه الأزلام ، والمعوّل فى الشطرنج على حذقه وتدبيره ، فأشبه المسابقة بالسهام .

ولنا : قول الله تعالى (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ)[2] قال علىّ رضى الله عنه : الشطرنج من الميسر .

ومر علىّ رضى الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال : ماهذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون؟ قال أحمد : أصح مافى الشطرنج قول علىّ رضى الله عنه .

وروى واثلة بن الأسقع رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله عز وجل ينظر

(١) يونس آية ٣٢ (٢) المائدة آية ٩٠

في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر بإسناده ، ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد .

وقولهم : لا نص فيها ، قد ذكرنا فيها نصاً ، وهي أيضاً في معنى النرد المنصوص على تحريمه .

وقولهم : إن فيها تدبير الحرب .

قلنا : لا يقصد هذا منها ، وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار .

وقولهم : إن المعوّل فيها على تدبيره ، فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة .

إذا ثبت هذا : فقال أحمد : النرد أشد من الشطرنج ، وإنما قال ذلك لورود النص في النرد والإجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . وإذا ثبت تحريمها فقال القاضي : هو كالنرد في رد الشهادة به ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لأنه محرم مثله .

وقال أبو بكر : إن فعله من يعتقد تحريمه . فهو كالنرد في حقه ، وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها ، أو يخرجه إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات ، أو يلعب بها على الطريق ، أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ، ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي ، وذلك لأنه مختلف فيه فأشبه سائر المختلف فيه .

٨٤٠٠ (فصـــل)

واللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له ، وهذا قول أصحاب الرأي . وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ، وذلك لأنه سفه ودناءة وقلة مروءة ، ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة .

وقد رأى النبي صلى الله عليه وسلم رجلا يتبع حماماً فقال : « شيطان يتبع شيطانة »[1] .

وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب ، أو للأنس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته . وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فشكا إليه الوحشة فقال : « اتخذ زوجاً من حمام[2] » .

---

(١) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة ج ٢ ص ٥٨٢ (ف) .

(٢) أخرجه الخطيب في التاريخ عن ابن عباس وفيه محمد بن زياد كذاب ، وأخرج ابن السني عن معاذ أن عليا شكا إلى النبي صلى الله عليه وسلم الوحشة فأمره أن يتخذ زوج حمام ويذكر الله تعالى عند هديره كما في فيض القدير ج ١ ص ١١٢ (ف) .

٨٤٠١ (فصــــل)

فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام ، فمباحة لا دناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك فى باب المسابقة ، وكذلك ما فى معناه من الثقاف واللعب بالحراب . وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقامت عائشة خلفه تنظر إليهم وتستتر به حتى ملت . ولأن فى هذا تعلماً للحرب فإنه من آلاته ، فأشبه المسابقة بالخيل والمناضلة وسائر اللعب ، إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالأصل إباحته . فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ، وما كان منه لا دناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال .

٨٤٠٢ (فصــــل فى الملاهى)

وهى على ثلاثة أضرب :

(محرم) وهو ضرب الأوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها ، فمن أدام استماعها ردت شهادته ، لأنه يروى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا ظهرت فى أمتى خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء[1] » فذكر منها إظهار المعازف والملاهى .

وقال سعيد : ثنا فرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله بعثنى رحمة للعالمين وأمرنى بمحق المعازف والمزامير ، لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام[2] » يعنى الضاربات .

وروى نافع قال : « سمع ابن عمر مزماراً قال : فوضع أصبعيه فى أذنيه ونأى عن الطريق وقال لى : يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال : فقلت : لا ، قال : فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبى صلى الله

(١) أخرجه الترمذى ج ٢ ص٣٣ عن على بن أبى طالب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا فعلت أمتى خمس عشرة خصلة حل بها البلاء ، فقيل: وما هن يا رسول الله ؟ قال : إذا كان المغنم دولا، والأمانة مغنما، والزكاة مغرما، وأطاع الرجل زوجته وعق أمه، وبر صديقه وجفا أباه، وارتفعت الأصوات فى المساجد، وكان زعيم القوم أرذلهم، وأكرم الرجل مخافة شره، وشربت الخمور، ولبس الحرير، واتخذت القينات والمعازف، ولعن آخر هذه الأمة أولها فليرتقبوا عند ذلك ريحاً حمراء أو خسفاً ومسخاً » قال الترمذى هذا حديث غريب لا نعرفه من حديث على بن أبى طالب إلا من هذا الوجه، ولا نعلم أحداً رواه عن يحيى بن سعيد الأنصارى — أحد رجال سنده — غير الفرج بن فضالة، والفرج ابن فضالة قد تكلم فيه بعض أهل الحديث وضعفه من قبل حفظه وقد رواه عنه وكيع وغير واحد من الأئمة . (ف)

(٢) أخرج هذا الحديث الإمام أحمد فى مسنده ج ٥ ص ٢٥٧ وهو أطول مما هنا وفيه فرج بن فضالة الحمصى وقد سبق الكلام عنه فى الحديث السابق .(ف)

عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا » . رواه الخلال فى جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود فى سننه وقال : حديث منكر .[١]

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار ، وقالوا لو كان حراماً لمنع النبى صلى الله عليه وسلم ابن عمر من سماعه ، ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ، ولأنكر على الزامر بها .

قلنا : أما الأول فلا يصح ، لأن المحرم استماعها دون سماعها،والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء فى سجود التلاوة بين السامع والمستمع ، ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه ، وقال الله تعالى : (وإذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أعْرَضُوا عَنْهُ)[٢] ولم يقل سدوا آذانهم . والمستمع هو الذى يقصد السماع ، ولم يوجد هذا من ابن عمر ، وإنما وجد منه السماع ، ولأن بالنبى صلى الله عليه وسلم حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه ، لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه ، فأبيح للحاجة .

وأما الإنكار ، فلعله كان فى أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً ، أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفار وقلة أهل الإسلام .

فإن قيل : فهذا الخبر ضعيف ، فإن أبا داود رواه وقال : هو حديث منكر .

قلنا : قد رواه الخلال بإسناده من طريقين ، فلعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين .

(وضرب مباح) وهو الدف ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعى أنه مكروه فى غير النكاح ، لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان فى وليمة سكت ، وإن كان فى غيرها عمد بالدرة .

ولنا : ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم «أن امرأة جاءته فقالت : إنى نذرت إن رجعتَ من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أوفِ بنذركِ » رواه أبو داود . ولو كان مكروهاً لم يأمرها به وإن كان منذوراً .

وروت الربيع بنت معوذ قالت « دخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيحة بُنِىَ بِى ، فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائى يوم بدر إلى أن قالت إحداهن : وفينا نبى يعلم ما فى غد ، فقال : دعى هذا وقولى الذى كنت تقولين » متفق عليه .

---

(١) أنظر سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٧٩ (ف) . (٢) سورة القصص آية ٥٥ .

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال ، لأنه إنما كان يضرب به النساء والمخنثون المتشبهون بهن ، ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء ، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء .

فأما الضرب بالقضيب فمكروه إذا انضم إليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص ، وإن خلا عن ذلك كله لم يكره ، لأنه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا .

٨٤٠٣ (فصـــــل)

واختلف أصحابنا في الغناء ، فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال أبو بكر عبد العزيز : والغناء والنوح معنى واحد مباح ، ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن . وكان الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لا على القول بعينه .

وروى عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قوّالا فلم ينكر عليه . وقال له صالح : يا أبه أليس كنت تكره هذا ؟ فقال : إنه قيل لي إنهم يستعملون المنكر .

وممن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن إبراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبرى ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت عندى جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال : مزمور الشيطان في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دعهما فإنها أيام عيد » متفق عليه .

وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : الغناء زاد الراكب ، واختار القاضي أنه مكروه غير محرم ، وهو قول الشافعي ، قال : هو من اللهو المكروه . وقال أحمد : الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد فيمن مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية : فاحتاج الصبي إلى بيعها: تباع ساذجة . قيل له : إنها تساوى مغنية ثلاثين ألفاً وتساوى ساذجة عشرين ديناراً ، قال: لا تباع إلا على أنها ساذجة .

واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنفية في قوله تعالى : (وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ)[1] قال : الغناء .

وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله : (وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ)[2] قال : هو الغناء .

وعن أبي أمامة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن ، وأكل

(١) سورة الحج آية ٣٠ . (٢) سورة لقمان آية ٦ .

أثمانهن حرام » أخرجه الترمذي وقال : لا نعرفه إلا من حديث على بن يزيد ، وقال : تكلم فيه أهل العلم .

وروى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الغناء ينبت النفاق في القلب »[1] والصحيح أنه من قول ابن مسعود .

وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتى له ، أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له ، لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ، ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصرّ متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي .

وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء ، وإنما يترنم لنفسه ولا يغنى الناس ، أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له ، انبنى هذا على الخلاف فيه ، فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال : إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر ، وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع . ومن كان يغشى بيوت الغناء ، أو يغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً ، لأنه سفه ودناءة ، وإن كان مستتراً به فهو كالمغنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه .

٨٤٠٤ (فصل)

وأما الحداء وهو الإنشاد الذي تساق به الإبل ، فمباح لا بأس به في فعله واستماعه ، لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النساء ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لابن رواحة : حرك بالقوم ، فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت[2] الإبل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأنجشة : « رويدك[3] رفقاً بالقوارير[4] » يعنى النساء .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٥٧٩ .(ف) .

(٢) أعنقت الإبل : سارت سيراً فسيحاً سريعاً (ف) .

(٣) رويدك : منصوب على الصفة لمصدر محذوف أى سق سوقاً رويداً ومعناه الأمر بالرفق بهن (ف) .

(٤) المراد بالقوارير النساء لضعف عزائمهن تشبيها بقارورة الزجاج لضعفها وإسراع الانكسار إليها . وقد أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالرفق في السير لأن الإبل إذا سمعت الحداء أسرعت في المشى فأزعجت الراكب وأتعبته فنهاه عن ذلك لأن النساء يضعفن عن شدة الحركة ويخاف ضررهن وسقوطهن . والحديث أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والنسائي عن أنس (ف) .

وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الإنشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره .

والغِناء من الصوت ممدود مكسور ، والغنى من المال مقصور ، والحُداء مضموم ممدود كالدعاء والرغاء ، ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء .

٨٤٠٥ (فصل)

والشعر كالكلام ، حسنه كحسنه ، وقبيحه كقبيحه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن من[1] الشعر لحكما » وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجا رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ، وأنشده كعب بن زهير قصيدة * بانت سعاد فقلبي اليوم متبول[2] * في المسجد .

وقال له عمه العباس يارسول الله إني أريد أن أمتدحكَ ، فقال : قل لا يفضض الله فاك فأنشده :

من قبلها طبت في الظِّلَالِ وفي مُسْتَوْدَعٍ حيث يُخْصَفُ الْوَرَقُ[3]

وقال عمرو بن الشريد[4] : أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أمعك من شعر أمية ؟ قلت :

(١) أخرجه أحمد وأبو داود عن ابن عباس ، وأخرجه البخاري عن أبيّ بن كعب .(ف)

(٢) كعب بن زهير قيل إنه هجا النبي صلى الله عليه وسلم فخشي أن يقتله الرسول صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة فمشى هائماً في الأرض على وجهه ثم قدم المدينة مستخفياً ثم دخل المسجد ووضع يده في يد النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله إن كعب بن زهير قد جاء ليستأمن منك تائباً مسلماً فهل أنت قابل منه إن أنا جئتك به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . قال : أنا يا رسول الله كعب بن زهير . ثم أنشد قصيدته :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول متيم إثرها لم يفد مكبول

ومعنى متبول : أسقمه الحب وأضناه — متيم : ذليل مستعبد . لم يفد : لم يخلص من الأسر بفدية — مكبول : مقيد (ف)

(٣) أخرج الطبراني بسنده عن خريم بن أوس قال : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال له العباس بن عبدالمطلب رحمه الله : يارسول الله إني أريد أن أمدحك ، فقال له صلى الله عليه وسلم : هات لا يفضض الله فاك فأنشأ يقول :

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

أنظر المواهب اللدنية ج ٣ ص ٨٣ ومجمع الزوائد ج ٨ ص ٢١٧ وفيه مجهولون . من قبلها : من قبل الولادة ، والظلال : ظلال الجنة ، والمستودع : المكان الذى كان به آدم وحواء في الجنة (ف).

(٤) هكذا في المغنى — وهنا سقط — لأن عمرو بن الشريد تابعي كما في الخلاصة ص ٢٩٠ والصواب كما في صحيح مسلم ج ٤ ص ١٧٦٧ « عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال : ردفت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فقال : هل معك من شعر أمية بن أبي الصلت شيئاً ؟ قلت : نعم . قال : هيه . ثم أنشدته بيتاً فقال : هيه حتى أنشدته مائة بيت » و (هيه) قيل أصلها (إيه) وهى كلمة للاستزادة من الحديث المعهود (ف) .

نعم ، فأنشدته بيتاً ، فقال « هيه » فأنشدته بيتاً ، فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم يوم حنين[1] :

أنا النَّبِيُّ لا كَذِب أنا ابن عبد المُطَّلِب

وقد اختلف فى هذا ، فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ،وقيل : بل هو شعر ولـكنه بيت واحـد قصير فهو كالنثر .

ويروى أن أبا الدرداء قيل له مامن أهل بيت فى الأنصار إلا وقد قال الشعر ، قال وأنا قد قلت :

يُريدُ المرءُ أن يُعْطَى مُنَاه وَيَأْبَى اللهُ إلاّ ما أرَادا

يَقُولُ المَرْءُ فائدتى ومَالِي وَتَقْوَى الله أفْضَلُ ما استفادا

وليس فى إباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به فى التفسير وتعرف معانى كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب . ويقال : الشعر ديوان العرب .

فإن قيل: فقد قال الله تعالى (والشُّعَرَاء يَتَّبِعُهُمُ الغَاوُونَ[2]) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لأن يَمْتَلِىءَ جَوْفُ أحَدِكُمْ قَيْحًا حتى يَرِيَهُ خَيْرٌ له من أن يَمْتَلِىءَ شِعْرًا » رواه أبو داود وأبو عبيد[3] ، وقال :معنى يريه : يأكل جوفه ، يقال : وراه يريه . قال الشاعر :

وَرَاهُنَّ رَبِّى مِثْلَ ماقَدْ وَرَيْنَنِى وأحْمَى على أكْبَادِهِنَّ المَكَاوِيا[4]

قلنا : أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب ، بدليل وصفه لهم بقوله : (أَلَمْ تَرَ أنَّهُمْ فِى كُلِّ وَادٍ يَهِيمُونَ . وأنَّهُمْ يَقُولُونَ مَالاَ يَفْعَلُونَ)[5] ثم استثنى المؤمنين فقال (إلاّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللهَ كَثِيراً)[6] ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والـكذب، وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء ، سيما من كان فى ابتداء الإسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبى صلى الله عليه وسلم ويعيب الإسلام ويمدح

---

(١) أخرجه البخارى عن البراء بن عازب (ف) .

(٢) سورة الشعراء آية ٢٢٤ .

(٣) ورواه أيضاً مسلم ج ٤ ص ١٧٦٩ (ف) .

(٤) قائله عبد بن الحسحاس يذكر النساء كما فى لسـان العرب ج ١٥ ص ٣٨٧ دعا عليهن بما يفسد جوفهن ويحرق أكبادهن . (ف)

(٥) سورة الشعراء آية ٢٢٥ ، ٢٢٦ (٦) سورة الشعراء آية ٢٢٧

الـكفار ، فوقع القدم على الأغلب ، واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة . فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة .

وأما الخبر ، فقال أبو عبيد : معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه . وقيل : المراد به ما كان هجاء وفحشاً ،فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح فى أعراضهم ، أو التشبب بامرأة بعينها والإفراط فى وصفها ، فذكر أصحابنا أنه محرم ، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح ، فإن المغازى تروى فيها قصائد الـكفار الذين هجوا بهـا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينـكر ذلك أحد .

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فى الشعر الذى تقاولت به الشعراء[1] فى يوم بدر وأحد وغيرهما ، إلا قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية[2]، وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم فى التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير .

---

(١) فى صحيح مسلم ج٤ص ١٩٣٥ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اهجوا قريشاً فإنه أشد عليها من رشق بالنبل فأرسل إلى ابن رواحة فقال : اهجهم . فهجاهم فلم يرض فأرسل إلى كعب بن مالك ثم أرسل إلى حسان بن ثابت فلما دخل عليه قال حسان : قد آن لـكم أن ترسلوا إلى هذا الأسد الضارب بذنبه ثم أدلع لسانه فجعل يحركه فقال والذى بعثك بالحق لأفرينهم بلسانى فرى الأديم ،فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا تعجل فإن أبا بكر أعلم قريش بأنسابها وإن لى فيهم نسباً حتى يلخص لك نسبى فأتاه حسان ، ثم رجع فقال : يارسول الله قد لخص لى نسبك والذى بعثك بالحق لأسلنك منهم كما تسل الشعرة من العجين . قالت عائشة : فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لحسان «إن روح القدس لا يزال يؤيدك ما نافحت عن الله ورسوله» وقالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : هجاهم حسان فشفى واشتفى .

رشق : بفتح الراء وسكون الشين أى رمى — آن لـكم : حان لـكم — الضارب بذنبه : شبه نفسه بالأسد ولسانه بذنبه يضرب جنبيه كما فعل حسان بلسانه حين أدلعه أى أخرجه عن الشفتين — وحركه — لأفرينهم فرى الأديم : لأمزقن عرضهم تمزيق الجلد ، فشفى المؤمنين واشتفى بما ناله من أعراض الـكافرين .

وعن عمار بن ياسر قال : لما هجانا المشركون شكونا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قولوا لهم كما يقولون لـكم . رواه أحمد والبزار بنحوه والطبرانى ورجاله ثقات . (ف) .

(٢) قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية أولها :

ألا بكيت على الـكرا ، م بنى الـكرام أولى الممادح

أنظر سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٣٢ (ف) .

وقد سمع النبي صلى الله عليه وسلم قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ، ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر .

وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم ، فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه ، فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأساً إنما قال[1].

وَعَمْرَةُ مِنْ سَرَوَاتِ النسا ء تَنفَحُ بِالمِسْكِ أَرْدَانُهَا

وكان عمران بن طلحة فى مجلس ، فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله ، فقال : دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها .

فأما الشاعر ، فمتى كان يهجو المسلمين ، أو يمدح بالكذب ،أو يقذف مسلماً أو مسلمة فإن شهادته ترد، وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره . وقد قيل : أعظم الناس ذنباً رجل يهاجى رجلا فيهجو القبيلة بأسرها . وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن أبى ليلى فخاف أن يرد شهادته ، فقال :

إِنِ النَّاسُ غَطُّونِى تَغَطَّيْتُ عنهم وإن بَحَثُوا عَنِّى فَفِيهِمْ مَبَاحِثُ

فقال القاضى : ومن يبحثك يا أبا دلامة ، وغرم المال من عنده ، ولم يظهر أنه رد شهادته .

٨٤٠٦ (فصــــل)
فى قراءة القرآن بالألحان

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به ، وإن حسن صوته فهو أفضل ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروى « زينوا القرآن بأصواتكم[2] » « وقال : لقد أوتى أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود » .

---

(١) البيت فى لسان العرب ج ٤ ص ٦٠٦ وفى الإصابة ج٤ ص ٣٦٦ وفى الأغانى ج ١٦ ص ٣٣ ومعناه إن عمرة من النساء ذوات المجد والشرف طيبة الذكر وعاطرة السمعة. والحطيم والد قيس بالخاء المعجمة كما فى الأغانى ج ٣ ص ١ وقد سمى بذلك لضربة كانت خطمت أنفه . ومن هذا يتبين خطأ نسخ المغنى حيث ذكرته (الحطيم) بالحاء المهملة (ف) .

(٢) حديث «زينوا القرآن بأصواتكم» أخرجه أحمد وأبوداود والنسائى وابن ماجة وابن حبان والحاكم من حديث البراء بن عازب قال الحافظ :وعلقه البخارى بالجزم ولابن حبان عن أبى هريرة وللبزار عن عبد الرحمن بن عوف وللحاكم من طريق أخرى عن البراء « زينوا أصواتكم بالقرآن » وهى فى الطبرانى من حديث ابن عباس — ورجح هذه الرواية الخطابى وفيه نظر لما رواه الدارمى والحاكم بلفظ « زينوا القرآن بأصواتكم فإن الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً » فهذه الزيادة تؤيد معنى الرواية الأولى (ف) .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبى موسى « لقد مررتُ بك البارحة وأنت تقرأ ، ولقد أوتيتَ مزماراً من مزامير آل داود . فقال أبو موسى : لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيراً »[١].

وروى[٢] « أن عائشة رضى الله عنها أبطأت على النبي صلى الله عليه وسلم ليلة[٣] فقال : أين كنتِ يا عائشة ؟ فقالت: يا رسول الله كنت[٤] أستمع قراءة رجل فى المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته[٥]، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فاستمع قراءته ثم قال : هذا سالم مولى أبى حذيفة ، الحمد لله الذى جعل فى أمتى مثل هذا » .

وقال صالح : قلت لأبى « زينوا القرآن بأصواتكم » ما معناه ؟ قال : أن يحسنه . وقيل له : ما معنى « من لم يتغن بالقرآن » قال : يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعى . وقال الليث : يتحزن به ، ويتخشع به ، ويتباكى به . وقال ابن عيينه وعمرو بن الحارث ووكيع : يستغنى به .

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه ، فإن لم يفرط فى التمطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس به ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قد قرأ ورجع ورفع صوته . قال الراوى : لولا أن يجتمع الناس علىّ لحكيت لكم قراءته .

وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن[٦] » وقال : « ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به[٧] » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر :

فى سماع يأذن الشيخ له

---

(١) فى صحيح مسلم ج١ ص٥٤٦ عن أبى موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو رأيتنى وأنا أستمع لقراءتك البارحة، لقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود » وجاء فى تيسير الوصول ج ٣ ص ٢٥١ عقبه : أخرجه الشيخان والترمذى وزاد فى رواية البرقانى عن مسلم « لو علمت والله يا رسول الله أنك تستمع لقراءتى لحبرته لك تحبيراً » التحبير : التحسين . أقول : رواه الطبرانى أيضاً كما فى مجمع الزوائد ج ٩ ص ٣٦٠ (ف) .

(٢) الحديث رواه ابن ماجة فى سننه ج ١ ص ٤٠٣ (ف) .

(٣) زاد ابن ماجة « بعد العشاء » (ف)

(٤) لفظ ابن ماجة « كنت أستمع قراءة رجل من أصحابك لم أسمع مثل قراءته وصوته من أحد » (ف) .

(٥) لفظ ابن ماجة « قالت : فقام وقمت معه حتى استمع له ثم التفت إلى فقال» . (ف)

(٦) أخرجه البخارى وأحمد من حديث أبى هريرة وأحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم وابن حبان من حديث سعد بن أبى وقاص (ف)

(٧) أخرجه البخارى ومسلم واللفظ له وأبو داود والنسائى عن أبى هريرة .

وقال القاضى : هو مكروه على كل حال ، ونحوه قول أبى عبيد ، وقال : معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أى يستغنى به . قال الشاعر[1] :

وكنت امرءاً زَمَناً بالعراقْ   عفيف المنـاخ كثير التَّغَنْ

قال : ولو كان من الغناء بالصوت لـكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبى صلى الله عليه وسلم . وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضى أحمد بن محمد البرتى : هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم : يتغنى بالقرآن : يجهر به ، وقيل : يحسن صوته به .

والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به ، لأنه لو كان مكروهاً لم يفعله النبى صلى الله عليه وسلم . ولا يصح حمله[2] على التغنى فى حديث « ما أذن الله لشيء كإذنه لنبى يتغنى بالقرآن » على الاستغناء ، لأن معنى أذن استمع ، وإنما تسمع القراءة ، ثم قال : يجهر به ، والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن أفرط فى المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والـكسرة ياء كره ذلك . ومن أصحابنا من يحرمه لأنه يغير القرآن ، ويخرج الـكلمات عن وضعها ، ويجعل الحركات حروفاً .

وقد روينا عن أبى عبد الله أن رجلا سأله عن ذلك فقال له : ما اسمك ؟ قال : محمد ، قال : أيسرك أن يقال لك ياموحامد ؟ قال : لا . فقال : لا يعجبنى أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبى موسى ، فقال له رجل : فيـكلمون ، فقال : لا كل ذا .

واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين . وروى بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقرءوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن[3] » .

---

(١) الشاعر هو الأعشى والبيت فى لسان العرب ج ١٥ ص ١٣٦ وفى ديوانه ص ٢٥ ونصه فيهما :

وكنت أمرأ زمناً بالعراق   عفيف المناخ طويل التغن

المناخ : محل الإقامة — التغن : هو التغنى أى الاستغناء وفى نسخ المغنى وفى الشرح الـكبير ١٢/٥٦ (كثير التغنى) والمروى ما أثبتناه (ف)

(٢) لعل الأوضح (ولا يصح حمل التغنى) ليستقيم الـكلام (ف) .

(٣) أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن بريدة . قال فى مجمع الزوائد : فيه اسماعيل بن سيف وهو ضعيف ج٧ ص١٧٠ وفى فيض القدير ج ٢ ص ٦٢ « الحزن بالتحريك ترقيق الصوت والتخشع والتباكى . نزل بالحزن : أى نزل ناعياً على الـكافرين شناعة صفتهم .. ونيط بذلك الإنذار والوعيد بعذاب عظيم ... قال الغزالى : وجه اختيار الحزن مع القراءة أن يتأمل ما فيه من التهديد والوعيد والوثائق والعهود ثم يتأمل القارىء ما فيـه تقصيره من أوامره وزواجره فيحزن لذلك لامحالة فيبكى ويخشع فإن لم يحضره حزن فليبك على فقد الحزن فإن ذلك من أعظم المصائب » انتهى ملخصاً (ف) .

وقال المروذى : سمعت أبا عبد الله قال لرجل:لو قرأت ، وجعل أبو عبد الله ربما تغرغرت عينه . وقال زهير بن حرب : كنا عند يحيى القطان ، فجاء محمد بن سعيد الترمذى ، فقال له يحيى : اقرأ ، فقرأ ، فغشى على يحيى حتى حمل فأدخل . وقال محمد بن صالح العدوى : قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشى عليه حتى فاته خمس صلوات .

٨٤٠٧ (فصـــل)

ولا تقبل شهادة الطفيلى ، وهو الذى يأتى طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنه يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال[1] « من أتى إلى طعام لم يُدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً » ولأنه يأكل محرماً ، ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة ، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصغائر .

٨٤٠٨ (فصـــل)

ومن سأل من غير أن تحل له المسألة ، فأكثر ، ردت شهادته ، لأنه فعل محرماً ، وأكل سحتاً ، وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل أصابته جَائِحة[2] فاجتاحت ماله ، فحلت له المسألة حتى يصيب قِوَاماً[3] من عيش ، أو سِدَاداً[4] من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا[5] من قومه لقد أصابت فلاناً فَاقَة فحلت له المسالة حتى يصيب قِوَاماً من عيش ، أو سِدَاداً من عيش ، ورجل تحمل حَمَالة[6] ، فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه[7] سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم .

وأما السائل ممن تباح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك ، إلا أن يكون أكثر عمره سائلا ، أو يكثر

---

(١) أخرجه أبو داود عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً» قال أبو داود ج٢ ص ٣٠٦ فيه (أبان بن طارق مجهول) ويلاحظ أنه ذكر فى المغنى وفى الشرح الكبير ج١٢ ص٥٧ (معيراً) بالعين المهملة والصواب (مغيراً) بالغين المعجمة أى ناهباً (ف).

(٢) جائحة : آفة تصيب الإنسان فى ماله (ف)

(٣) قواماً : بفتح القاف وكسرها أفصح هو ما يقوم به حال الإنسان من مال وغيره (ف) .

(٤) سداداً : بكسر السين المهملة ما يسد حاجة المحتاج ويكفيه (ف) .

(٥) الحجا : العقل (ف)

(٦) حمالة : بفتح الحاء المهملة : الدية يتحملها قوم من قوم ، وقيل : ما يتحمله المصلح بين فئتين فى ماله ليرتفع بينهم القتال والنزاع (ف)

(٧) السحت : الحرام — وحديث قبيصة فى مسلم ج١ ص ٧٢٢ وفيه اختلاف يسير فى اللفظ (ف)

ذلك منه فينبغى أن ترد شهادته ، لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة . ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته ، لأنه فعل جائز لا دناءة فيه ، وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لأنه مصرّ على الحرام .

٨٤٠٩ (فصـــل)

ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً إباحته لم ترد شهادته ، كالمتزوج بغير ولى أو بغير شهود ، وآكل متروك التسمية ، وشارب يسير النبيذ ، نص عليه أحمد فى شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : ترد شهادته ، لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه ، فأشبه المتفق على تحريمه .

ولنا : أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يختلفون فى الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ، ولأنه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذى يوافقه عليه الحاكم ، وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به إذا تكرر . وقال أصحاب الشافعى : لا ترد شهادته به ، لأنه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله .

ولنا : أنه فعل يحرم على فاعله ، ويأثم به ، فأشبه المجمع على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله. وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته ، وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور ، فأما من يعتقد أنه على التراخى ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ، ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً[1] » وقال عمر : لقد هممت أن أنظر فى الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ، ثم قال : ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين .

٨٤١٠ ﴿ مســـألة ﴾

وقال ﴿ وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب فى الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم ﴾ .

وجملته أنه إذا شهد بوصية المسافر الذى مات فى سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما إذا لم يوجد غيرهما ، ويستحلفان بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمناً ولو كان ذا قربى ، ولا نكتم شهادة الله إنا إذاً لمن الآثمين .

---

(١) عن على رضى الله عنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً وذلك أن الله يقول فى كتابه (لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) قال الترمذى ج ١ ص ١٥٥ « هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه وفى إسناده مقال » (ف).

قال ابن المنذر : وبهذا قال أكابر الماضين ، يعنى الآية التى فى سورة المائدة ، وممن قاله شريح والنخعى والأوزاعى ويحيى بن حمزة ، وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضى الله عنهما .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : لا تقبل ، لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فى الوصية ، كالفاسق لا تقبل شهادته ، فالكافر أولى . واختلفوا فى تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال : المراد بقوله (من غيركم) أى من غير عشيرتكم ، ومنهم من قال : الشهادة فى الآية اليمين .

ولنا : قول الله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ)[1] الآية . وهذا نص الكتاب .

وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن زيد[2] فمات السهمى بأرض ليس بها مسلم ، فلما قدما بتركته فقدوا جَامَ[3] فضة مُخَوَّصاً بالذهب ، فأحلفهما رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدِي ، فقام رجلان من أولياء السهمى فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم ، فنزلت فيهم (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ)[4] الآية .

وعن الشعبى « أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا[5] ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته ، فأشهد رجلين من أهل الكتاب ، فقدما الكوفة فأتيا الأشعرى فأخبراه وقدما بتركته ووصيته ، فقال الأشعرى : هذا أمر لم يكن بعد الذى كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأحلفهما بعد العصر[6]

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) فى نسخ المغنى والشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٦ (عدى بن زيد) لكن رواه البخارى فى كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٦ وأبو داود ج ٢ ص ٢٧٦ والترمذى ج ٢ ص١٧٨ (عدى بن بداء) بالباء الموحدة بعدها دال مهملة مشددة ثم ألف بعدها همزة — وهذا هو الصواب (ف).

(٣) الجام : كأس وإناء ، مخوصاً : عليه صفائح من ذهب كخوص النخل (ف).

(٤) سورة المائدة آية ١٠٦

(٥) فى أبى داود ج ٢ ص ٢٧٦ (بدقوقاء) ممدوداً — ودقوقاء بلد بين بغداد وإربل (ف) .

(٦) فى أبى داود (بالله ما خانا) (ف) .

ماخانا ولا كذبا ولا بدّلا ولا كتما ولا غيّرا ، وأنها لوصية الرجل وتركته ، فأمضى شهادتهما » . رواها أبو داود فى سننه .

وروى الخلال حديث أبى موسى بإسناده ، وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح ، لأن الآية نزلت فى قضية عدى وتميم بلا خلاف بين المفسرين ، وقد فسرها بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبى وسليمان التيمى وغيرهم ، ودلت عليه الأحاديث التى رويناها ، ولأنه لوصح ما ذكروه لم تجب الأيمان ، لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم ، وحملها على التحمل لا يصح ، لأنه أمر بإحلافهم ولا أيمان فى التحمل ، وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِى بِهِ ثَمَناً وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلاَ نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللهِ)[1] الآية ، ولأنه عطفها على ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان .

وروى أبو عبيد فى الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك فى زمن عثمان . قال أحمد : أهل المدينة ليس عندهم حديث أبى موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت فى الكتاب والسنة ، فتعين المصير إليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه .

٨٤١١ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولا تجوز شهادتهم فى غير ذلك ﴾ .

مذهب أبى عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل فى شىء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا ، رواه عنه نحو من عشرين نفساً ، وممن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبى ليلى والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور ، ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل ، وخطأه الخلال فى نقله هذا ، وكذلك صاحبه أبو بكر قال : هذا غلط لا شك فيه ، وقال ابن حامد : بل المسألة على روايتين ، وقال أبو حفص البرمكى : تقبل شهادة السبى بعضهم لبعض فى النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه ، والمذهب الأول ، والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ، ثم اختلفوا فمنهم من قال : الكفر كله ملة واحدة ، فتقبل شهادة اليهودى على النصرانى ، والنصرانى على اليهودى ، هذا قول حماد وسوار والثورى والبتى وأبى حنيفة وأصحابه ، وعن قتادة والحكم وأبى عبيد وإسحاق : تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ، ولا تقبل شهادة يهودى على نصرانى ، ولا نصرانى على يهودى ، وروى عن الزهرى والشعبى كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روى عن جابر « أن النبى

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض » رواه ابن ماجة ، ولأن بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا : قول الله تعالى (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[(١)]) ، وقال تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[(٢)]) ، والكافر ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ، ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربى ، والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف ، وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهادة ، قال الله تعالى فى اللعان (فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ[(٣)]) .

وأما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة ، وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين ، وجازت لموضع الحاجة ، فإن غير أهل دينهم لا يلى عليهم ، والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين ، وقد روى عن معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم .

٨٤١٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا تقبل شهادة خصم ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها ﴾ .

أما الخصم فهو نوعان :

أحدهما : كل من خاصم فى حق لا تقبل شهادته فيه ، كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ، ولا الوصى فيما هو وصى فيه ، ولا الشريك فيما هو شريك فيه ، ولا المضارب بمال أو حق المضاربة ، ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها ، وكذلك ما أشبه هذا لأنه خصم فيه ، فلم تقبل شهادته به كالمالك .

والثانى : العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ربيعة والثورى وإسحاق ومالك والشافعى ، ويريد بالعداوة هاهنا العداوة الدنيوية ، مثل أن يشهد المقذوف على القاذف ، والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج يشهد على امرأته بالزنا ، فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها لإفسادها فراشه .

فأما العداوة فى الدين كالمسلم يشهد على الكافر ، أو المحق من أهل السنة يشهد على مبتدع ، فلا ترد شهادته لأن العدالة بالدين ، والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه . وقال أبو حنيفة : لا تمنع العداوة الشهادة ، لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة .

(١) سورة الطلاق آية ٢ . (٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ . (٣) سورة النور آية ٦ .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذى غمر على أخيه» رواه أبو داود . الغمر : الحقد ، ولأن العداوة تورث التهمة ، فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة ، وتخالف الصداقة ، فإن فى شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه ، وبيع آخرته بدنيا غيره ، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفى من عدوه فافترقا .

فإن قيل : فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟

قلنا : العداوة هاهنا دينية ، والدين لا يقتضى شهادة الزور ، ولا أن يترك دينه بموجب دينه .

٨٤١٣ (فصل)

فإن شهد على رجل بحق ، فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك ، لأننا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من إبطال شهادة الشاهد بأن يقذفه .

ويفارق مالو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم ، فإن رد الشهادة فيه لا يفضى إلى ذلك بل إلى عكسه ، ولأن طريان الفسق يورث تهمة فى حال أداء الشهادة ، لأن العادة إسراره ، فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها ، وها هنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه . وأما المحاكمة فى الأموال فليست بعداوة تمنع الشهادة فى غير ما حاكم فيه .

وأما قوله : ولا جارّ إلى نفسه ، فإن الجار إلى نفسه هو الذى ينتفع بشهادته ويجر إليه بها نفعاً ، كشهادة الغرماء للمفلس بدَين أو عين ، وشهادتهم للميت بدَين أو مال ، فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دَين أو مال تعلقت حقوقهم به .

ويفارق مالو شهد الغرماء لحى لا حجر عليه بمال ، فإن شهادتهم تقبل ، لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته .

فإن قيل : إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة ، فإذا شهد له بمال ملكا مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعاً .

قلنا : لم تثبت المطالبة بشهادتهم ، إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذى شهدوا به ، ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ، ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ، ولا شهادة السيد لعبده المأذون له فى التجارة ولا لمكاتبه .
قال القاضى : ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره ، وقال : نص عليه أحمد .

فإن قيل : فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه ، مع أنه إذا مات ورثه ، فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً ؟

قلنا : لا حق له فى ماله حين الشهادة ، وإنما يحتمل أن يتجدد له حق ، وهذا لا يمنع قبول الشهادة ، كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها ، أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه ، أو يفلس فيتعلق حقه به ، وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة .

فإن قيل : فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق فى الحال ؟ فإن قلتم : قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق ، فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه ، بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث . قلنا : إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح ، لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء ، فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء ، بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال ، فإنه إنما يجب للمشهود له، ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل ، فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه .

فإن قيل : فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله .

قلنا : إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء ، إنما تجب للقتيل أو لورثته ، ثم يستوفى الغريم منها ، فأشبهت الشهادة له بالمال .

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود ، أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم ، فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما ، لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية ، واحتمل أن لا تقبل ، لأنه يخاف أن يوسرا قبل الحلول فيحملا ، وكذلك الخلاف فى البعيد الذى لا يحمل لبعده ، فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ، ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفعته ، لأنه يوفر الحق على نفسه ، ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دَينه أو استيفائه ، ولا بعض من أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته ، إما لضيق الثلث عنهما ، أو لكون الوصيتين بمعين ، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه ، لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه .

وقد قال الزهرى : مضت السنة فى الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ، والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً .

٨٤١٤ (فصــــل)

وإن شهد الشريك لشريكه فى غـير ما هو شريك فيه ، أو الوكيل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه ، أوالعدو لعدوه ، أو الوارث لموروثه بمـال ، أو بالجرح بعد الاندمال ، أو شهد أحد الشفيعين بعدأن أسقط شفعته على الآخر بإسقاط شفعته ، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته ، أو كانت إحدى الوصيتين لا تزاحم الأخرى، ونحو ذلك مما لا تهمة فيه ، قبلت ، لأن المقتضى لقبول الشهادة متحقق ، والمانع منتف ، فوجب قبولها عملا بالمقتضى .

٨٤١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا تقبل شهادة من يعرف بـكثرة الغلط والغفلة ﴾

وجملته : أنه يعتبر فى الشاهد أن يـكون موثوقـاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ، ولذلك اعتبرنا العدالة ، ومن يـكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يـكون من غلطاته ، فربما شهد على غير من استشهد عليه ، أو لغير من شهد له ، أو بغير ما استشهد به ، وإذا كان مغفلا فربمـــا استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ، ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة ، لأن أحداً لا يسلم من ذلك ، فلو منع ذلك الشهادة لا نسد بابها ، فاعتـبرنا الـكثرة فى المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصى فى الإخلال بالعدالة .

٨٤١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت ﴾ .

روى هذا عن على وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبى والزهرى ومالك وابن أبى ليلى وإسحاق وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة والشافعى : لا تقبل شهادته . وروى ذلك عن النخعى وأبى هاشم ، واختلف عن الحسن وإياس وابن أبى ليلى ، وأجاز الشافعى شهادته بالاستفاضة والترجمة ، وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ، ولم يجزها فى غير ذلك ، لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجـوز على الأقوال كالصبى ، ولأن الأصـوات تشتبه فلا يحصل اليقين ، فلم يجز أن يشهد بها كالخط .

ولنا : قوله تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ)[1] وسائر الآيات فى الشهادة ، ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير ، وفارق الصبى ، فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ،

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين ، وقد يكون المشهود عليه مَن ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً ، فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين فى بعض الأحوال .

قال قتادة : للسمع قيافة كقيافة البصر ، ولهذا قال أصحاب الشافعى : تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة، ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما ، فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر .

ولا خلاف فى قبول روايته ، وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها ، وصحة قبوله النكاح ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وفارق الأفعال ، فإن مدركها الرؤية وهى غير ممكنة من الأعمى ، والأقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ، ويفارق الخط ، فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه ، إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً ، فإن جوز أن يكون صوت غيره لم يجز أن يشهد به ، كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه .

٨٤١٧ (فصـــل)

فإن تحمل الشهادة على فعل ثم عمى جاز أن يشهد به إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أصلا لأنه لا يجوز أن يكون حاكا .

ولنا : ما تقدم ، ولأن العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ، ويفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ، ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرها ، فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا فى أول المسألة .

وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم بها لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق .

ولنا : أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة فى حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت ، وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة .

٨٤١٨ (فصـــل)

ولا تجوز شهادة الأخرس بحال، نص عليه أحمد رضى الله عنه فقال: لا تجوز شهادة الأخرس،قيل له: وإن

كتبها ؟ قال : لا أدرى . وهذا قول أصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى وابن المنذر : تقبل إذا فهمت إشارته ، لأنها تقوم مقام نطقه فى أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإيلائه فكذلك فى شهادته ، واستدل ابن المنذر بأن النبى صلى الله عليه وسلم « أشار وهو جالس فى الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا[1] » .

ولنا ، أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق ، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ، ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة ، وإنما اكتفى بإشارته فى أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة هاهنا ، ولهذا لم يجز أن يكون حاكما ، ولأن الحاكم لا يمضى حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه ، والشهد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى .

وما استدل به ابن المنذر لا يصح ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته فى الصلاة ، ولو شهد الناطق بالإيماء والإشارة لم يصح إجماعاً ، فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام .

٨٤١٩ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال: ﴿ ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا ﴾ .

ظاهر المذهب : أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل ، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات . ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا ، وسواء فى ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما ، وبه قال شريح والحسن والشعبى والنخعى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية ثانية : تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له ، لأن مال الابن فى حكم مال الأب له أن يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجرُّ بها لنفسه نفعاً . قال النبى صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك[2] » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من أموالهم »[3] ولا يوجد هذا فى شهادة الابن لأبيه .

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة ولفظ مسلم ج١ ص٣٠٩ «عن عائشة قالت : اشتكى رسول الله صلى الله عليه وسلم،فدخل عليه ناس من أصحابه يعودونه فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً فصلوا بصلاته قياماً، فاشار إليهم أن اجلسوا فجلسوا . فلما انصرف قال : إنما جعل الإمام ليؤتم به،فإذا ركع فاركعوا،وإذا رفع فارفعوا، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً »(ف)

(٢) أخرجه ابن ماجة عن جابر . (ف)

(٣) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة عن عائشة . (ف)

وعنه رواية ثالثة : تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فى مالا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه ، لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة فى حقه. وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة .

وروى ذلك عن شريح ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ، ولأنه عدل تقبل شهادته فى غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبى .

ولنا : ما روى الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذى غمر على أخيه ، ولا ظنين فى قرابة ولا ولاء » والظنين المتهم ، والأب يتهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ، ولأن بينهما بعضية ، فكأنه يشهد لنفسه ، ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة منى يريبنى ما رابها[1] » ولأنه متهم فى الشهادة لولده كتهمة العدو فى الشهادة على عدوه ، والخبر أخص من الآيات فتخص به .

٨٤٢٠ (فصـــــل)

فأما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل ، نص عليه أحمد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، ولم أجد عن أحمد فى الجامع فيه خلافاً ، وذلك لقول الله تعالى (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ[2]) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ، ولأنها إنما ردت للتهمة فى إيصال النفع ، ولا تهمة فى شهادته عليه ، فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبى بل أولى ، فإن شهادته لنفسه لما ردت للتهمة فى إيصال النفع إلى نفسه كان إقراره عليه مقبولا . وحكى القاضى فى المجرد رواية أخرى : أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه ، لأن شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق .

وقال بعض الشافعية : لا تقبل شهادة الإبن على أبيه فى قصاص ولا حد قذف ، لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك . والمذهب الأول لما ذكرنا ، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه ، فشهادته عليه أبلغ فى الصدق كإقراره على نفسه .

٨٤٢١ (فصـــــل)

وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لها قبلت شهادتهما ، لأنه حق أمهما لا يزداد به ،

(١) أخرجه البخارى ومسلم والترمذى وأبو داود عن المسور بن مخرمة عندما أشيع رغبة على فى الزواج من بنت أبى جهل فاشتكت فاطمة لأبيها . والحديث فى تيسير الوصول ج ٤ ص ٢٣٧ (ف)

(٢) سورة النساء آية ١٣٥ .

وسـواء كان المشهود عليـه أباهما أو أجنبيًا . وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

٨٤٢٢ (فصـــــــل)

وتجوز شهادة الرجل لأبيه من الرضاعة وأبيـه منها وسائر أقاربه منها ، لأنه لا نسب بينهما يوجب الإنفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه فى ماله بخلاف قرابة النسب .

٨٤٢٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ﴾

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة . لأن مال العبد لسيده ، فشهادته له شهادة لنفسه ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع[1] » ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ، ولا لأمته بطلاق ، لأن فى طلاق أمته تخليصها له ، وإباحة بضعها له ، وفى نـكاح العبد نفع له ، ونفع مال الإنسان نفع له . ولا تقبل شهادة العبد لسيده ، لأنه يتبسط فى مال سيده وينتفع به ، ويتصرف فيه ، وتجب نفقته منه ، ولا يقطع بسرقته ، فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه .

٨٤٢٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا الزوج لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ﴾

وبهذا قال الشافعى والنخعى ومالك وإسحاق وأبو حنيفة ، وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعى وأبو ثور ، لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة ، وعن أحمد رواية أخرى : كقولهم ؛ وقال الثورى وابن أبى ليلى : تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لاتهمة فى حقه ، ولا تقبل شهادتها له ، لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمـال فهى متهمة لذلك .

ولنا : أن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب ، وينبسط فى ماله عادة ، فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ، ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ، ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها ، فـكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه ، فلم تقبل كشهادته لنفسه .

ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ)[2]

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب الشرب ج ٣ ص ١٥١ ومسلم ج ٣ ص ١١٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٢٤٠ والترمذى ج ١ ص ٢٣٥ والنسائى ج ٧ ص ٢٩٧ وابن ماجة ج ٢ ص ٢٣ (ف) .

(٢) سورة الأحزاب آية ٣٣ .

وقال (لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ)[١] فأضاف البيوت إليهن تارة، وإلى النبي صلى الله عليه وسلم أخرى، وقال (لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ)[٢].

وقال عمر للذى قال له إن غلامى سرق مرآة امرأتى : لاقطع عليه ، عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها .

٨٤٢٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ وشهادة الأخ لأخيه جائزة ﴾

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة . روى هذا عن ابن الزبير ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثورى ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وحكى عن ابن المنذر عن الثورى أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم . وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه فى صلته وبره لأنه متهم فى حقه . وقال ابن المنذر : قال مالك : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه فى النسب وتجوز فى الحقوق .

ولنا : عموم الآيات ، ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبى ، ولا يصح القياس على الوالد والولد ، لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ .

٨٤٢٦ (فصـــل)

وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز ، فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيهاً على شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى .

٨٤٢٧ (فصـــل)

وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه فى قول عامة العلماء ، إلا مالكا قال : لا تقبل شهادة الصديق الملاطف ، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً بها ، فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه .

ولنا : عموم أدلة الشهادة ، وما قاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر ، وإن كان ربما قضاه دَينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى هاهنا بين الصديقين . فأما العداوة فسببها محظور ، وفى الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة .

٨٤٢٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وتجوز شهادة العبد فى كل شىء إلا فى الحـدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيـه شهادة النساء ﴾ .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥٣ (٢) سورة الطلاق آية ١

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها : فى قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ، فالمذهب أنها مقبولة . روى ذلك عن على وأنس رضى الله عنهما . قال أنس : ماعلمت أن أحداً رد شهادة العبد ، وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنذر؛ وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو عبيد : لاتقبل شهادته ، لأنه غير ذى مروءة ، ولأنها مبنية على الـكمال لاتتبعض ، فلم يدخل فيها العبد كالميراث ؛ وقال الشعبى والنخعى والحـكم : تقبل فى الشىء اليسير .

ولنا: عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها ، فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية. وروى عقبة بن الحارث قال: « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتـكما ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه . وفى رواية أبى داود فقلت يا رسول الله إنها لـكاذبة ، قال « وما يدريك وقد قالت ما قالت، دعها عنك » .

ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم أنه غير ذى مروءة ، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء .

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال : أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب[١] وكان منهم زياد بن أبى زياد[٢] مولى ابن عباس من العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه. ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات . وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ، ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ، ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ، فإن الميراث خلافة للموروث فى ماله وحقوقه ، والعبد لا تمـكنه الخلافة ، لأن ما يصير إليه يملـكه سيده فلا يمـكن أن يخلف فيـه ، ولأن الميراث يقتضى التمليك والعبد لا يملك . ومبنى الشهادة على العدالة التى هى مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك، فوجب أن تقبل شهادته .

---

(١) هو عبد العزيز بن صهيب البنانى مولاهم البصرى ثقه مات سنة ثلاثين ومائة . (ف)

(٢) هو زياد بن أبى زياد ميسرة المخزومى مولاهم المدنى عن مولاه عبد الله بن عياش بن عباس ، وهو ثقة عابد مات سنة خمس وثلاثـين ومائة راجع الخلاصة ص ١٢٤ ، ٢٠٩ والتقريب ج ١ ص ٢٦٧ ، ٤٣٩ ومما نقلناه يتبين مافى المغنى من سقط فى قوله(مولى ابن عباس) والصواب (مولى ابن عياش بن عباس) ويتبين أيضاً مافى الشرح الـكبير ج ١٢ ص ٦٦ من سقط فى قـــوله (وكان منهم زياد بن أبى عياش) والصواب (زياد بن أبى زياد مولى عبد الله عياش بن عباس). (ف) .

الفصل الثانى : أن شهادته لا تقبل فى الحد ، وفى القصاص احتمالان :

أحدهما : تقبل شهادته فيه ، لأنه حق آدمى لا يصح الرجوع عن الإقرار به فأشبه الأموال .

والثانى : لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد . وذكر الشريف وأبو الخطاب فى العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين :

إحداهما : تقبل لما ذكرنا ، ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر .

والثانية : لا تقبل ، وهو ظاهر المذهب ، لأن الاختلاف فى قبول شهادته فى الأموال نقص وشبهة ، فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ، ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته فى الحد والقصاص كالمرأة .

الفصل الثالث : شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء . لأن النساء لا تقبل شهادتهن فى الحدود والقصاص ، وإنما تقبل فى المال أو سببه ، والأمة كالحرة فيما عداهما فساوتهن فى الشهادة ، وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث .

٨٤٢٩ (فصـــــل)

وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لأن الرق فيهم ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « لا تجوز شهادة المكاتب » ، وبه قال عطاء والشعبى والنخعى .

ولنا : ماذكرناه فى العبد . وإذا ثبت الحكم فى القن ففى هؤلاء أولى لأنهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم .

٨٤٣٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وشهادة ولد الزنا جائزة فى الزنا وغيره ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء والحسن والشعبى والزهرى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والليث : لا تجوز شهادته فى الزنا وحده لأنه متهم ، فإن العادة فيمن فعل قبيحاً أنه يحب أن يكون له نظراء . وحكى عن عثمان أنه قال : ودت الزانية أن النساء كلهن زنين .

ولنا : عموم الآيات وأنه عدل مقبول الشهادة فى غير الزنا فقُبل فى الزنا كغيره ، ومن قبلت شهادته فى القتل قبلت فى الزنا كولد الرشدة .

قال ابن المنذر : وما احتجوا به غلط من وجوه :

أحدها : أن ولد الزنا لم يفعل فعلا قبيحاً يجب أن يكون له نظراء فيه .

والثانى : أنى لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه ، وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتاً عنه ، وغير جائز أن يطلق عثمان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره .

الثالث : أن الزانى لو تاب لقبلت شهادته وهو الذى فعل الفعل القبيح ، فإذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى ، فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه ، وما يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه ، مع أن ولده لا يلزمه شىء من وزره لقول الله تعالى (وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى[1]) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

٨٤٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا تاب القاذف قبلت شهادته ﴾

وجملته : أن القاذف إن كان زوجاً فحقق قذفه ببينة أو لعان ، أو كان أجنبياً فحققه بالبينة أو بإقرار المقذوف ، لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وإن لم يحقق قذفه بشىء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ[2]) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا. وروى ذلك عن عمر وأبى الدرداء وابن عباس ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبى والزهرى وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبى ثابت وأبو الزناد ومالك والشافعى والبتى وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر ، وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة . وقال شريح والحسن والنخعى وسعيد بن جبير والثورى وأصحاب الرأى : لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب . وعند أبى حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب ، فالخلاف معه فى فصلين :

أحدهما : أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه ، وعند أبى حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد .

والثانى : أنه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد. وعند أبى حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى : (وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً[3]) وروى ابن ماجة بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تجوز شهادة خائن ولا محدود فى الإسلام[4] » واحتج فى الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق .

---

(١) سورة الإسراء آية ١٥ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة النور آية ٤

(٤) وأخرج الترمذى أيضاً ج ٢ ص ٤٨ بسنده عن عائشة قلت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة، ولا ذى غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع بأهل البيت لهم، ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة» قال الفزارى — أحد رواة الحديث — القانع التابع ا ه‍ .

لا تجوز شهادة صاحب غمر لأخيه يعنى صاحب عداوة، والحديث مطعون فيه كما فى الترمذى وكما فى حاشية السندى على ابن ماجة ج ٢ ص ٦٥ (ف)

ولنا فى الفصل الأول : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنه يروى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقول لأبى بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة : تب أقبل شهادتك ، ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً . قال سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة ثلاثة رجال : أبو بَكرَةَ ونافع بن الحارث وشِبْلُ بنُ مَعْبَد ، ونكل زياد ، فجلد عمر الثلاثة وقال لهم: توبوا تقبل شهادتكم ، فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما، وأَبَى أَبو بَكرَةَ فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ، ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا . يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التى حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته ، فهذا أولى .

وأما الآية فهى حجة لنا ، فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى :(إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا[1]) والاستثناء من النفى إثبات فيكون تقديره : (إلاَّ الَّذِينَ تَابُوا[2]) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين .

فإن قالوا : إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد .

قلنا : بل يعود إليه أيضاً ، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهى للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ، ولهذا لما قال النبى صلى الله عليه وسلم «لا يَؤُمَّنَّ الرجلُ الرجلَ فى بيته، ولا يجلسْ على تَكرِمَتِهِ إلا بإذنه[3]» عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ، ولأن الاستثناء يغاير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط ، فإنه لو قال : امرأته طالق وعبده حر إن لم يقم عاد الشرط إليهما كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى، لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم . والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة ، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل ، وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف[4] . قال ابن عبد البر : لم يرفعه مَنْ رِوايَتُهُ حُجَّةٌ ، وقد روى من غير طريقه ، ولم تذكر فيه

---

(١) و (٢) سورة النور آية ٥ .

(٣) أخرجه مسلم عن أبى مسعود عقبة بن عمرو ونصه ج ١ ص٤٦٥ قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله، فإن كانوا فى القراءة سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا فى السنة سواء فأقدمهم هجرة، فإن كانوا فى الهجرة سواء فأقدمهم سلماً (أى إسلاماً) ولا يؤمن الرجل الرجل فى سلطانه، ولا يقعد فى بيته على تكرمته إلا بإذنه » قال الأشج — أحد رواة الحديث — (مكان سلماً) : سناً . ومفاد الحديث أن صاحب البيت والمجلس وإمام المسجد أحق من غيره لأنه موضع سلطته . والتكرمة : مايختص به صاحب المنزل من فراش أو وسادة أو سرير ونحوه . (ف) .

(٤) قال فى الزوائد : فى إسناده حجاج بن أرطأة مدلس وقد رواه بالعنعنة . (ف) .

هذه الزيادة ، فدل ذلك على أنها من غلطه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود فى غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا .

وأما الفصل الثانى : فدليلنا فيه الآية ، فإنه رتب على رمى المحصنات ثلاثة أشياء : إيجاب الجلد ، ورد الشهادة ، والفسق ، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمى الذى لم يمكنه تحقيقه كالجلد ، ولأن الرمى هو المعصية ، والذنب الذى يستحق به العقوبة ، وتثبت به المعصيةُ الموجِبةُ لردِّ الشهادةِ ، والحدُّ كَفَّارَةٌ وَتَطْهِيرٌ فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به ، وتخلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر .

وقولهم : إنما يتحقق بالجلد لا يصح ، لأن الجلد حكم القذف الذى تعذر تحقيقه ، فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده ؟ هذا باطل .

٨٤٣٢ (فصــــــل)

والقاذف فى الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعى أن شهادته لا ترد .

ولنا : أن عمر لم يقبل شهادة أبى بكر : وقال له تب أقبل شهادتك . وروايته مقبولة ، ولا نعلم خلافاً فى قبول رواية أبى بكرة مع رد عمر شهادته

٨٤٣٣ ﴿ مســــــألة ﴾

قال: ﴿ وتوبته أن يكذب نفسه ﴾

ظاهر كلام أحمد والخرقى أن توبة القاذف إكذاب نفسه ، فيقول : كذبت فيما قلت ، وهذا منصوص الشافعى واختيار الاصطخرى من أصحابه ، قال ابن عبد البر : وممن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى قوله تعالى : (إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ[1]) قال : توبته إكذاب نفسه ، ولأن عرض المقذوف تلوث بقذفه ، فإكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به .

وذكر القاضى أن القذف إن كان سبّاً فالتوبة منه إكذاب نفسه ، وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول : القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، قال: وهو المذهب لأنه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب .

(١) سورة النور آية ٥

والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والإقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وأنه لا يعود إلى مثله . وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة أو سب ، لأنه قد يكون كاذباً فى الشهادة صادقاً فى السب .

ووجه الأول أن الله تعالى سمى القاذف كاذباً إذا لم يأت بأربعة شهداء على الإطلاق بقوله سبحانه : (لَوْلاَ جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء ، فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الْـكَاذِبُونَ[1]) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب فى حكم الله وإن كان فى نفس الأمر صادقاً .

٨٤٣٤ (فصـــــل)

وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته ، بدليل قوله تعالى (وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلاَّ اللهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ * أُولَئِكَ جَزَاؤُهُمْ مَغْفِرَةٌ مِنْ رَبِّهِمْ[2]) الآية . وقال (وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءاً أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللهَ يَجِدِ اللهَ غَفُوراً رَحِيماً[3]) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقال عمر رضى الله عنه « بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه ما فات ، ويحيى فيه ما أمات ، ويبدل الله سيئاته حسنات[4] » .

والتوبة على ضربين : باطنة وحكمية .

فأما الباطنة : فهى ما بينه وبين ربه تعالى ، فإن كانت المعصية لا توجب حقاً عليه فى الحـكم ، كقبلة أجنبية أو الخلوة بها ، وشرب مسكر ، أو كذب ، فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الندم توبة[5] » وقيل : التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء : الندم بالقلب ، والاستغفار باللسان ، وإضمار أن لا يعود ، ومجانبة خلطاء السوء .

وإن كانت توجب عليه حقاً لله تعالى أو لآدمى ، كمنع الزكاة ، والغصب ، فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه ، بأن يؤدى الزكاة ، ويرد المغصوب أو مثله إن كان مثلياً وإلا قيمته . وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه .

فإن كان عليه فيها حق فى البدن ، فإن كان حقاً لآدمى كالقصاص وحـد القذف اشترط فى التوبة

---

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) سورة آل عمران آية ١٣٥ ، ١٣٦ (٣) سورة النساء آية ١١٠

(٤) فى الشرح الـكبير ج ١٢ ص ٥٨ (بقية عمر المرء) وفى المغنى هنا (المؤمن) بدل (المرء) (ف) .

(٥) الندم توبة أخرجه أحمد وابن ماجة والحاكم عن ابن مسعود (ف) .

التمكين من نفسه وبذلها للمستحق ، وإن كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته أيضاً بالندم والعزم على ترك العود ، ولا يشترط الإقرار به . فإن كان ذلك لم يشتهر عنه ، فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فإنه من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد[1] » فإن الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبى صلى الله عليه وسلم ذلك .

وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضى أن الأولى الإقرار به ليقام عليه الحد ، لأنه إذا كان مشهوراً فلا فائدة فى ترك إقامة الحد عليه . والصحيح أن ترك الإقرار أولى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار ، فعرض لماعز[2] وللمقر[3] عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه بإقراره ، وكره الإقرار حتى إنه قيل لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رماداً ، ولم يرد الأمر بالإقرار ولا الحث عليه فى كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس ، إنما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الإقرار ، وقال لهزال وكان هو الذى أمر ماعزاً بالإقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك »[4] .

وقال أصحاب الشافعى : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد ، وليس بصحيح لما ذكرنا ، ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار ، وهى تجب ما قبلها كما ورد فى الأخبار مع مادلت عليه الآيات فى مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الإصرار .

وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها ، والرجوع عنها ، واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها .

---

(١) أخرجه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا ج ٢ ص ١٦٩ وأخرجه الحاكم عن ابن عمر (ف)

(٢) عن ابن عباس قال : لما أتى ماعز بن مالك النبى صلى الله عليه وسلم قال له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؟ قال : لا يارسول الله. قال : أفنكتها لا يكنى ؟ قال : نعم . فعند ذلك أمر برجمه . رواه أحمد والبخارى وأبو داود (ف)

(٣) عن أبى أمية المخزومى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بلص فاعترف اعترافاً ولم يوجد معه المتاع، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما إخالك سرقت ؟ قال : بلى . مرتين أو ثلاثاً. قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقطعوه ثم جيئوا به . قال : فقطعوه ثم جاءوا به ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل : أستغفر الله وأتوب إليه ، فقال : أستغفر الله وأتوب إليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم تب عليه . رواه أحمد وأبو داود (ف)

(٤) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٤٦ وأحمد ج ٥ ص ٢١٧ والحاكم عن نعيم بن هزال فى قصة ماعز بعد أن وطىء جارية هزال فطلب منه أن يعرض أمره على الرسول صلى الله عليه وسلم خدعة منه، فلما ذهب ماعز ورجم قال الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك لهزال (ف)

٨٤٣٥ (فصـــل)

ظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يعتبر فى ثبوت أحـكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته فى النـكاح إصلاح العمل ، وهو أحد القولين للشافعى ، وفى القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ، ولم يكمل عدد الشهود ، فإنه يكفى مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح ، وما عداه فلا تـكفى التوبة حتى تمضى عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد ، لأن الله تعالى قال (إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا)[1] وهذا نص فإنه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ، ولأن عمر رضى الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة .

ولنا : قوله عليه السلام « التوبة تجبّ ما قبلها » وقوله « التائب من الذنب كمن لا ذنب له[2] » ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فـكذلك الأحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى .

فأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ، ودليل ذلك : قول عمر لأبى بكرة « تب أقبل شهادتك » ولم يعتبر أمراً آخر ، ولأن من كان غاصباً فرد ما فى يديه ، أو مانعاً للزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الإصلاح ، وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه ، ولو لم يرد التوبة ما أدى ما فى يديه ، ولأن تقييده بالسَّنَة تحـكم لم يرد الشرع به ، والتقدير إنما يثبت بالتوقيف ، وما ورد عن عمر فى حق صبيغ[3] إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران ، فيحتمل أنه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا .

وقد ذكر القاضى أن التائب من البدعة يعتبر له مضى سنة لحديث صبيغ رواه أحمد فى الورع قال : ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ، ويوالى من كان يعاديه من أهل السنة . والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تـكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه . وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية : تب أقبل شهادتك .

---

(١) سورة النور آية ٥

(٢) « التائب من الذنب كمن لاذنب له » أخرجه ابن ماجة عن ابن مسعود ،وأخرجه الطبرانى وأبو نعيم فى الحلية عن أبى سعيد (ف) .

(٣) كان صبيغ بن عسل يسأل عن المتشابه فضربه عمر بعراجين النخل حتى دمى رأسه فقـال : حسبك يا أمير المؤمنين قد ذهب الذى كنت أجده فى رأسى ، فنفاه إلى البصرة حتى صلح حاله . (ف)

قال مالك : لا أعرف هذا ، قال الشافعى : وكيف لا يعرفه وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالتوبة ، وقاله عمر لأبى بكرة ؟

٨٤٣٦ ﴿مسألة﴾

قال: (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل ، وردت عليه لم تقبل منه فى حال عدالته) .

وجملته : أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور والمزنى وداود : تقبل . قال ابن المنذر : والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه .

ولنا : أنه متهم فى أدائها لأنه يعيّر بردها ، ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به ، وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار ، فتلحقه التّهمة فى أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة لتقبل ، فيزول ماحصل بردها ، ولأن الفسق يخفى فيحتاج فى معرفته إلى بحث واجتهاد ، فعند ذلك نقول : شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد ، لأن ذلك يؤدى إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد . وفارق ما إذا ردت شهادة كافر لكفره ، أو صبى لصغره ، أو عبد لرقه ، ثم أسلم الكافر ، وبلغ الصبى ، وعتق العبد ، وأعادوا تلك الشهادة ، فإنها لا ترد ، لأنها لم تردّ أولا بالاجتهاد ، وإنما ردت باليقين ، ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتّهم فى أنه فعلهما لتقبل شهادته . والكافر لا يرى كفره عاراً ، ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه .

وقد روى عن النخعى والزهرى وقتادة وأبى الزناد ومالك أنها ترد أيضاً فى حق من أسلم وبلغ . وعن أحمد رواية أخرى كذلك ، لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً . وقد ذكرنا مايقتضى فرقاً بينهما فيفرقان ، وروى عن أحمد فى العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل . لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق .

٨٤٣٧ (فصل)

وإن شهد السيد لمكاتبه ، فردّت شهادته ، أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال ، فردّت شهادته ، ثم عتق المكاتب ، وبرأ الجرح ، وأعادوا تلك الشهادة ففى قبولها وجهان :

أحدهما : تقبل ؛ لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبّا بالبلوغ ، ولأن ردها بسبب لا عار فيه ، فلا يتّهم فى قصد نفى العار بإعادتها بخلاف الفسق .

والثانى : لا تقبل ؛ لأنه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده . والأول أشبه بالصحة ، فإن الأصل قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع . ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من

الفرق . ويخرج على هذا كل شهادة مردودة ، إما للتهمة أو لعدم الأهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الأهلية ، فهل تقبل ؟ على وجهين .

٨٤٣٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت منه ﴾ .

وذلك لأن التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الإسلام ، لأنه لا تهمة في ذلك ، وإنما يعتبر ذلك في الأداء ، فإذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قُبلت شهادته بغير خلاف نعلمه ، وهكذا الصبي والكافر إذا شهد بعد الإسلام والبلوغ قُبلت . وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن[1] ، والحسين[2] ، وابن عباس[3] ، والنعمان ابن بشير[4] ، وابن الزبير[5] ، وابن جعفر[6] ، والشهادة في معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة .

---

(١) الحسن هو ابن علي بن أبي طالب وابن فاطمة بنت النبي صلى الله عليه وسلم، ولد في نصف شهر رمضان سنة ثلاث من الهجرة ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث حفظها عنه وقد روى له في السنن الأربعة، مات مسموماً سنة تسع وأربعين أو خمسين (ف) .

(٢) الحسين بن علي بن أبي طالب شقيق الحسن ، ولد في رواية في شعبان سنة أربع . قال جعفر بن محمد: لم يكن بين الحمل بالحسين بعد ولادة الحسن إلا طهر واحد ، وقد روى أحاديث أخرجها له أصحاب السنن . استشهد بكربلاء يوم عاشوراء سنة إحدى وستين (ف) .

(٣) عبد الله بن عباس ، وعبد الله ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم،وقد ولد قبل الهجرة بثلاث سنين دعا له النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل، وهو من المكثرين في الرواية الذين رووا فوق الألف . مات بالطائف سنة ثمان وستين وصلى عليه محمد بن الحنفية (ف)

(٤) النعمان بن بشير الأنصاري الخزرجي أول مولود للأنصار بعد الهجرة، له مائة وأربعة وعشرون حديثاً، اتفق البخاري ومسلم على خمسة، وانفرد البخاري بحديث،وانفرد مسلم بأربعة. قتل بالشام يوم راهط سنة ٦٤ كما في الخلاصة ٤٠٢ (ف)

(٥) عبد الله بن الزبير بن العوام أول مولود للمسلمين بعد الهجرة وحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير . اتفق البخاري ومسلم على حديث ، وانفرد البخاري بستة ، وانفرد مسلم بحديثين . قتل بمكة سنة ثلاث وسبعين (ف)

(٦) عبد الله بن جعفر أول من ولد بأرض الحبشة من المسلمين . قال ابن حبان: كان يقال له قطب السخاء، كان له عند موت النبي صلى الله عليه وسلم عشر سنين،وأمه أسماء بنت عميس الخثعمية أخت ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين لأمها، وقد تزوجت أمه بعد وفاة أبيه أبا بكر الصديق ثم علياً. مات سنة ثمانين عام الجحاف وهو سيل كان ببطن مكة جحف الحاج وذهب بالإبل وعليها الحمولة (ف)

٨٤٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه ما لا تجوزُ شهادتُه معه لم يحكم بها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشاهدين إذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو كفرا لم يحكم بشهادتهما ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعى . وقال أبو ثور والمزنى : يحكم بها لأن بقاء أهلية الشهادة ليس شرطاً فى الحكم بدليل ما لو ماتا ، ولأن فسقهما تجدد بعد أداء الشهادة فأشبه ما لو تجدد بعد الحكم بها . ووجه ذلك من طريقين :

أحدهما : أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم ، لأن الشروط لابد من وجودها فى المشروط ، وإذ فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم .

والثانى : أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لأن العادة أن الإنسان يُسِرُّ الفسق ويظهر العدالة ، والزنديق يُسِرُّ كُفْرَه ويظهر إسلامه ، فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشهادة ، فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها . فأما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم يُنْقَضْ ، لأن الحكم وُقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ، ولأنه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك ، كما لو رجع عن الشهادة ، وكما لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء ، لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حداً لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشبهات لأنه يدرأ وهذا شبهة فيه ، فأشبه ما لو رجع عن الإقرار به قبل استيفائه ، وإن كان مالاً استوفى ، لأن الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بأمر ظاهر الصحة فلا يبطل بأمر محتمل ، ولذلك لم يبطل رجوعه عن إقراره . وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين :

أحدهما : يستوفى ، وهذا قول أبى حنيفة ، لأنه حق آدمى مطالب به أشبه المال .

والثانى : لا يستوفى ، وهو قول محمد ، لأنه عقوبة على البدن تدرأ بالشبهات أشبه الحد . وللشافعى وجهان كهذين ، وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر فى حد ولا حق ، لأن الحق استوفى بما ظاهره الصحة وسوّغ الشرع استيفاءه ، فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شىء .

٨٤٤٠ (فصل)

فأما إن أدّيا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما ، سواء ثبتت عدالتهما فى حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره ، وكذلك إن جنوا أو أغمى عليهم ، وبهذا قال الشافعى ، لأن الموت لا يؤثر فى شهادته ولا يدل على الكذب فيها ، ولا يحتمل أن يكون موجوداً حال أداء الشهادة ، والجنون والإغماء فى معناه بخلاف الفسق والكفر .

٨٤٤١ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة فى كل شىء ، إلا فى الحدود إذا كان الشاهد الأول ميتاً أو غائباً ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها : فى جوازها .

والثانى : فى موضعها .

والثالث : فى شرطها .

أما الأول: فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . قال أبو عبيد : أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الأموال ، ولأن الحاجة داعية إليها ، فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفى ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة ، فوجب أن تقبل كشهادة الأصل .

الفصل الثانى : أنها تقبل فى الأموال وما يقصد به المال بإجماع كما ذكر أبو عبيد ، ولا تقبل فى حد ، وهذا قول النخعى والشعبى وأبى حنيفة وأصحابه . وقال مالك والشافعى فى قول وأبو ثور : تقبل فى الحدود وكل حق ، لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل ، فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال .

ولنا : أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار ، والشهادة على الشهادة فيها شبهة ، فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والـكذب فى شهود الفرع مع احتمال ذلك فى شهود الأصل ، وهذا احتمال زائد لا يوجد فى شهادة الأصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل ، فوجب أن لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ، ولأنها إنما تقبل للحاجة ولاحاجة إليها فى الحد ، لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ، ولأنه لا نص فيها ، ولا يصح قياسها على الأموال لما بينهما من الفرق فى الحاجة والتساهل فيها . ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها .

وظاهر كلام أحمد أنها لا تقبل فى القصاص أيضاً ولا حد القذف ، لأنه قال : إنما تجوز فى الحقوق أما الدماء والحد فلا ، وهذا قول أبى حنيفة .

وقال مالك والشافعى وأبو ثور : تقبل ، وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : فى كل شىء إلا فى الحدود ، لأنه حق آدمى لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الأموال . وذكر أصحابنا هـذا رواية عن أحمد ، لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل فى الطلاق جائزة . قال

أحمد : ما أحسن ما قال ؟ فجعله أصحابنا رواية فى القصاص ، وليس هـذا برواية ، فإن الطلاق لا يشبه القصاص . والمذهب أنها لا تقبل فيه ، لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الإسقاط فأشبهت الحدود . فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين ، فنص أحمد على قبولها فى الطلاق والحقوق ، فيدل على قبولها فى جميع هذه الحقوق وهو قول الخرقى .

وقال ابن حامد : لا تقبل فى النكاح . ونحوه قول أبى بكر . فعلى قولهما لا تقبل إلا فى المال وما يقصد به المال ، وهو قول أبى عبيد ، لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبه حد القذف . ووجه الأول : أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال ، وبهذا فارق الحدود .

الفصل الثالث فى شروطها : ولها ثلاثة شروط :

أحدها : أن تتعذر شهادة الأصل لموت ، أو غيبة ، أو مرض ، أو حبس ، أو خوف من سلطان أو غيره ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى . وحكى عن أبى يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبى أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل ، لأنهما إذا كانا حيين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن أحمد مثل هذا إلا أن القاضى تأوّله على الموت وما فى معناه من الغيبة البعيدة ونحوها . ويمكن تأويل قول الشعبى على هذا فيزول هذا الخلاف .

ولنا : على اشتراط تعذر شهادة شاهد الأصل أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدى الأصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة ، فإن سماعه منهما معلوم ، وصدق شاهدى الفرع مظنون ، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق ، وهذه إنما تثبت الشهادة عليه ، ولأن فى شهادة الفرع ضعفاً لأنه يتطرق إليها احتمالان : احتمال غلط شاهدى الأصل ، واحتمال غلط شاهدى الفرع ، فيكون ذلك وهناً فيها ، ولذلك لم تنتهض لإثبات الحدود والقصاص ، فينبغى أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدى الأصل كسائر الأبدال ، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لأنه خفف فيها ، ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ ، والحاجة داعية إليها فى حق عموم الناس بخلاف مسألتنا .

ولنا : على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه تعذرت شهادة الأصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهدى الأصل ، ويخالف الحاضرين فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك .

إذا ثبت هذا ، فذكر القاضى أن الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه ، وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعى ، لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر ، وقد قال الله تعالى (وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا

شَهِيدٌ)[1] وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع .

وقال أبو الخطاب : تعتبر مسافة القصر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبرى مع اختلافهم فى مسافة القصر كل على أصله ، لأن ما دون ذلك فى حكم الحاضر فى الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ، ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم ، فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل ، فلم يجز العمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ، ولأن حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع ، فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق .

الشرط الثانى : أن يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها فى كل واحد من شهود الأصل والفرع على الوجه الذى ذكرناه ، لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعاً ، فاعتبرت الشروط فى كل واحد منهما . ولا خلاف فى هذا نعلمه . فإن عدل شهود الفرع شهود الأصل فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه ، وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك ، فإن علم عدالتهما حكم ، وإن لم يعرفها بحث عنها ، وبهذا قال الشافعى .

وقال الثورى وأبو يوسف : إن لم يعدل شاهدا الفرع شاهدى الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما ، لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح . لأنه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ، ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ، ولابد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة فى الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا فى شاهد الأصل قبل هذا ، وإن مات شهود الأصل والفرع لم يمنع الحكم ، وكذلك لو مات شهود الأصل قبل أداء الفروع شهادتهم لم يمنع من أدائها والحكم بها ، لأن موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً ، وكذلك إن جنوا ، لأن جنونهم بمنزلة موتهم .

الشرط الثالث : أن يعينا شاهدى الأصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير : إذا قالا ذكرين حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا ، لأن الغرض معرفة الصفات دون العين ، وليس بصحيح ، لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ، ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود ، فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك .

الشرط الرابع : أن يسترعيه شاهد الأصل الشهادة ، فيقول : اشهد على شهادتى أنى أشهد أن لفلان

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

على فلان كذا ، أو أقر عندى بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعى آخر شهادة يشهده عليها ، فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ، ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه ، وهو قول أبى حنيفة . قال أحمد : لا تكون شهادة إلا أن يشهدك ، فأما إذا سمعته يتحدث فإنما ذلك حديث . وبما ذكرناه قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد . فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزيه إلى سبب ، نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب : فيه روايتان .

وذكر القاضى أن له الشهادة به ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الإشكال ، فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه .

والرواية الأخرى : لا يجوز أن يشهد على شهادته ، وهو قول أبى حنيفة وأبى عبيد ، لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه ، ومن نصر الأول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه ، لأنه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته ، فأما إن قال أشهد أنى أشهد على فلان بكذا ، فالأشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته ، وهذا قول أبى يوسف ، لأن معنى ذلك أشهد على شهادتى.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا أن يقول: اشهد على شهادتى أنى أشهد ، لأنه إذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه . وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه لم يسترعه الشهادة ، فيحتمل أن يكون وعده بها . وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العِدَة دَين[1] » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به .

فإن قيل : فلو سمع رجلا يقول لفلان علىّ ألف درهم جاز أن يشهد بذلك ، فكذا هذا .

قلنا : الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الإقرار .

الثانى : أن الإقرار أوسع فى لزومه من الشهادة بدليل صحته فى المجهول ، وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ، ولأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها . ولهذا لا تسمع الشهادة فى حق المقر ولا يحكم بها . ولو قال شاهد الأصل : أنا أشهد أن لفلان على فلان ألفاً فاشهد به أنت عليه ، لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ، ولا هو شاهد بالحق ، لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد بسببه .

---

(١) «العدة دين» أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن على وعن ابن مسعود (ف).

٨٤٤٢ ﴿ فصـــل ﴾

فأما كيفيه الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة ، فإنه يقول : أشهد أن فلان بن فلان . وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته ، أشهدنى أنه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، كذا وكذا ، أو أن فلاناً أقر عندى بكذا ، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها . وإن سمعه يشهد غيره قال : أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، كذا وكذا . وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال : أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا . وإن كان نسب الحق إلى سببه قال : أشهد أن فلان بن فلان قال : أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، من جهه كذا وكذا ، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا فى الأداء .

٨٤٤٣ (فصـــل)

واختلفت الرواية فى شرط خامس ، وهو الذكورية فى شهود الفرع . فمن أحمد : أنها شرط ، فلا يقبل فى شهود الفرع نساء بحال ، سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولا . وهذا قول مالك والثورى والشافعى ، لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الأصل دون الحق ، وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال . فأشبه القصاص والحد .

والثانية : للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن فى الأصل . قال حرب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال : نعم يعنى إذا كان معهما رجل .

وذكر الأوزاعى قال : سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على المرأة . ووجهه : أن المقصود بشهادة الفروع ، إثبات الحق الذى يشهد به شهود الأصل فقبلت فيه شهادتهن ، كالبيع . ويفارق الحد والقصاص ، فإنه ليس القصد من الشهادة به إثبات مال بحال ، فأما شهود الأصل فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين فى كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال فى قول أكثر أهل العلم . وذكر أبو الخطاب فى المنع منه رواية أخرى ، لأن فى الشهادة على الشهادة ضعفاً لما ذكرنا من قبل ، فلا مدخل للنساء فيها ، لأنها تزداد بشهادتهن ضعفاً .

ولنا : أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهى تثبت بشهادتهم ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهى تثبت بشهادتهم ، ولأن النساء شهدن بالمال ، أو مايقصد به المال فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدينها عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له .

٨٤٤٤ (فصـــل)

ويجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدى الأصل شاهد فرع ، فيشهد شاهدا فرع على شاهدى أصل . قال

القاضي : لا يختلف كلام أحمد في هذا ،وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري، وإسحاق والبتي والعنبري ونمير بن أوس . وقال إسحاق : لم يزل أهل العلم على هذا، حتى جاء هؤلاء .وقال أحمد : وشاهد على شاهد يجوز ، لم يزل الناس على ذا : شريح فمن دونه ، إلا أن أبا حنيفة أنكره . وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع . وهـذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل ، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين ، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا : أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت ، كما لو شهدا بنفس الحق ، ولأن شاهدي الفرع بدل من شهود الأصل ، فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الأصل ، ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ، ولأن شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقاً عليهما ، فوجب أن يقبل فيه قول واحد ، كأخبار الديانات ، فإنهم إنما ينقلون الشهادة وليست حقاً عليهم . ولهذا لو أنكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما . وهذا الجواب عما ذكروه .

فإذا ثبت هذا : فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع، أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الأصل . وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي . قال الشافعي :ورأيت كثيراً من الحكام والمفتين يجيزه، وخرجه على قولين :

أحدهما : جوازه .

والآخر :لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع .واختاره المزني ، لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر ، كما لو شهد أصل مع شاهد ، ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر .

ولنا : أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل ، كما لو شهدا بإقرارين بحقين أو بإقرار اثنين ،وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعاً ، لأنه يؤدي إلى أن يكون بدل أصلا في شهادة ، بحق وذلك لا يجوز ، ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر ، فعلى قول الشافعي أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين ، وجب أن يكون شهود الفرع ستة ، وإن كان حق يثبت بأربع نسوة ، فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية ، وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال :

أحدها : لا مدخل لشهادة الفرع في إثباته .

والثاني : يجوز ، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر ، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة .

والثالث: يكفى ثمانية.

والرابع: يكونون أربعة يشهدون على كل واحد.

والخامس: يكفى شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل، وهذا إثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد.

٨٤٤٥ (فصل)

وإن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل، وإن شهد شاهد أصل، ثم شهد هو وآخر فرعا على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد.

٨٤٤٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ويشهد على من سمعه يقر بحق، وإن لم يقل للشاهد اشهد عليّ ﴾.

اختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة. فالمذهب ما ذكره الخرقى، وبه قال الشعبى والشافعى.

وعن أحمد رواية ثانية: لا يشهد حتى يقول له المقر: اشهد عليّ، كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها، ويقول له: اشهد على شهادتى.

وعنه رواية ثالثة: إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد، وإذا سمعه يقر بدين يشهد، لأن المقر بالدّين معترف أنه عليه، والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون اقترض منه ثم وفاه.

وعنه رواية رابعة: إذا سمع شيئاً فدعى إلى الشهادة، فهو بالخيار إن شاء شهد، وإن شاء لم يشهد. قال: ولكن يجب عليه إذا أشهد أن يشهد إذا دعى (وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَادُعُوا)[1] قال: إذا أشهدوا.

وقال ابن أبى موسى: إذا سمع رجل يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد عليّ بذلك وسمع الشاهد، فله أن يشهد عليه فيقول: أشهد أنى حضرت إقرار فلان بكذا، ولا يقول: أشهد على إقراره، وإن سمعه يقول: اقترضت من فلان أو قبضت من فلان، لم يجز أن يشهد به. والصحيح: الأول، لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يشهد به، كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال. وذكر القاضى أن فى الأفعال روايتين:

إحداهما: لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه: اشهد، وهذا إن أراد به العموم فى جميع الأفعال فلا يصح، لأن ذلك يؤدى إلى منع الشهادة عليها بالكلية، فإن الغاصب لا يقول لأحد اشهد عليّ أنى أغصب، ولا السارق، ولا الزانى، ولا القاتل وأشباه هؤلاء. وقد شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة بالزنا، فلم يقل عمر: هل أشهدكم أو لا؟ ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا من غيرهم، ولا قاله الذين شهدوا

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

على قدامة بشرب الخمر ، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة . وإن أراد به الأفعال التى تكون بالتراضى ، كالقرض والقبض فيه وفى الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز .

٨٤٤٧ (فصـــل)

ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً . كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما ، لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه . وذلك قد حصل له سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها ، وعلى الجنايات بمشاهدتهـا ، ولا يحتاجان إلى إشهاد . وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثورى والشافعى .

٨٤٤٨ (فصـــل)

والحقوق على ضربين :

أحدهما : حق لآدمى معين ، كالحقوق المالية والنـكاح وغيره من العقود والعقوبات ، كالقصاص وحد القذف ، والوقف على آدمى معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ، لأن الشهادة فيه حق لآدمى ، فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها .

الضرب الثانى : ما كان حقًّا لآدمى غير معين ، كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو جميع المسلمين ، أو على مسجد ، أو سقاية ، أو مقبرة مسبلة ، أو الوصية لشىء من ذلك ونحو هذا ، أو ما كان حقًّا لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى ، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به ، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يعتبر فى ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك مالا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار ، أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ، ولو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما ، وبهذا قال الشافعى ، وبه قال أبو حنيفة فى الأمَة ، وقال فى العبد لا يثبت مالم يصدق العبد به ويدعيه ، لأن العتق حقه فأشبه سائر حقوقه .

ولنا : أنها شهادة بعتق فلا تفتقر إلى تقدم الدعوى كعتق الأمَة ، ويخالف سائر الحقوق ، لأنه حق لله تعالى ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول المعتق . ودليل ذلك الأمَة ، وما ذكروه يبطل بعتق الأمَة .

فإن قيل : الأمَة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطء .

قلنا : هذا لا أثر له ، فإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به إلا بعد الدعوى .

٨٤٤٩ (فصـــــل)

ومن كانت عنده شهادة لآدمى لم يخل إما أن يكون عالماً بها أو غير عالم ، فإن كان عالماً بها لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « خير الناس قرنى، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم، ثم يأتى قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخارى .

ولأن أداءها حق للمشهود له ، فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه ، وإن كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد أداؤها قبل طلبها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها » رواه مسلم وأبو داود ومالك . وقال مالك : هو الذى يأتى بشهادته ولا يعلم بها الذى هى له . وهذا الحديث وإن كان مطلقاً فإنه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ، ولأنه إذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها بخلاف العـــالم بها ، وهذا مذهب الشافعى .

٨٤٥٠ (فصـــــل)

ويعتبر لفظ الشهادة فى أدائها ، فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه . ولو قال : أعلم أو أحق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به ، لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة ، فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها ، ولأن فيها معنى لا يحصل فى غيرها من اللفظات ، بدليل أنها تستعمل فى اليمين ، فيقال : أشهد بالله ، ولهذا تستعمل فى اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً .

٨٤٥١ (مســـألة)

قال:﴿ وتجوز شهادة المستخفى إذا كان عدلا ﴾

المستخفى هو الذى يخفى نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراره ولا يعلم به ، مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً ، فيختبىء شاهدان فى موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به ، فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة . وبهذا قال عمرو بن حريث ، وقال : كذلك يفعل بالخائن والفاجر . وروى مثل ذلك عن شريح ، وهو قول الشافعى . وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته ، وهو اختيار أبى بكر وابن أبى موسى. وروى ذلك عن شريح والشعبى لأن الله تعالى قال : (وَلاَ تَجَسَّسُوا[1]) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :« من حدّث بحديث ثم التفت فهى أمانة[2] » يعنى أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره ، وقال مالك : إن كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه ، وإن لم يكن كذلك قُبلت .

ولنا : أنهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

---

(١) سورة الحجرات آية ١٢

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن جابر بلفظ « إذا حدث الرجل بحديث ثم التفت فهو أمانة » (ف)

كتاب الاقضية

٨٤٥٢ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتى درهم فأقر أحدهما بمائة درهم دَيناً على أبيه لأجنبى ، دفع إلى المقر له نصف ما فى يده من إرثه عن أبيه ، إلا أن يكون المقر عدلا فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الإبن ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الإبنين ﴾ .

هذه المسألة فى الإقرار من بعض الورثة ، وقد ذكرناها فى باب الإقرار ، وأنه إنما يلزم المقر من الدَّين بقدر ميراثه منه ، وميراثه هاهنا النصف ، فيكون عليه نصف الدَّين وهو نصف المائة ، ونصفها الباقى يشهد به على أخيه . فإن كان عدلا فشاء الغريمُ حلف مع شهادته واستحق الباقى ، لأنه لا تهمة فى حق الابن المقر ، فإنه لا يجر إلى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بها ضراً ، وإن شهد أجنبى مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعى بماشهدا به له إذا كانا عدلين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ، ولا يكتفى بلفظ الإقرار فى الشهادة لما ذكرنا من قبل .

وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل أن يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدَّين ويشهدان به فإن شهادتهما تقبل ويثبت باقى الدَّين فى حق المنكر . وبهذا كله قال الحسن والشعبى والشافعى وابن المنذر . وقال حماد وأصحاب الرأى : المقر به كله فى نصيب المقر ، وهو قول الشعبى . وعلى هذا ينبغى أن لا تقبل شهادة المقر بالدَّين لأنه يجر بشهادته نفعاً إلى نفسه ، وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه ، والإقرار بوصية تخرج من الثلث كالإقرار بالدَّين فيما ذكرناه .

٨٤٥٣ ﴿ فصل ﴾

ولو ثبت لرجل على رجل دَين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدَين أو وصية فى قول عامة أهل العلم ، إلا ابن أبى ليلى قال : لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك ، فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطئ من يشهد له بدَين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه .

ولنا : أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره ، وذلك لأنه لايجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضراً ، بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه فى الاستيفاء وينقص ما يأخذه ، فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد فى الأجنبى فلم يمنع قبول شهادته .

٨٤٥٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدَّين ما يستغرق ميراثه فأبى الوارثان أن

يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق ، فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدّين فدفع إلى الغريم ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته دَيناً له على رجل فأنكر ، فأقاموا شاهداً عدلا وحلفوا معه ، حكم بالدّين الميت ، ثم تقضى منه ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من الثلث إلا أن يجيز الورثة . فإن أبى الورثة أن يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت . وبهذا قال إسحاق وأبو ثور والشافعى فى الجديد . وقال فى القديم : للغريم أن يحلف ويستحق . وهذا قول مالك ، لأن حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قدّم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث .

ولنا : أن الدّين للورثة دون الغريم ، فلم يكن له أن يحلف عليه ، كما لو لم يستغرق الدّين ميراثه . والدليل على أنه للوارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى بها ، ولأن حق الغريم فى ذمة الميت والدّين للميت ، ولهذا يشهد الشاهد بأن الدّين للميت ، والذى يحلف معه إنما يحلف على هذا ، ولا يجوز للغريم أن يحلف لى فى ذمة المدعى عليه دَيناً بالاتفاق ، فلم يجز أن يحلف على دَين غيره الذى لا فعل له فيه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما جعل اليمين للمالك ، ولا يلزم على هذا الوكيل ، لأنه يحلف على فعل نفسه ، ولأن الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدّين لرجع الدّين إلى الورثة ، ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع إليهم . وهكذا لو وصى الميت لإنسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن الموصى له أن يحلف لما ذكرناه .

٨٤٥٥ (فصـــل)

فإن حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدّين إلا قدر حصته . وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لأبيهم أو دَيناً وأقاموا شاهداً لم يثبت جميعه إلا بأيمان جميعهم ، وإن حلف بعضهم ثبت من الدّين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقى الورثة ، لأنه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ، ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضى من دَين أبيه بقدر ما ثبت له ، فإن كان فى الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه ، لأنه لا يمكن أن يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة .

وإن كان فيهم أخرس مفهوم الإشارة حلف وأعطى حصته ، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه أيضاً . فإن مات أو مات الصبى والمعتوه قام ورثتهم مقامهم فى اليمين والاستحقاق ، فإن طلب أولياؤهما فى حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويعقل الأخرس الإشارة أو بإقامة كفيل لم يجابوا إلى ذلك ، لأن الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق .

٨٤٥٦ (فصـــل)

وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته ، وسواء كان عليه دَين أو لم يكن . نص عليه أحمد فيمن أفلس

ثم مات قال : قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكه لهم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الدَّين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة ، فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها .

وقال أبو سعيد الأصطخري : يمنع بقدره . وقد أومأ أحمد إلى مثل هذا ، فإنه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دَين فقال أحد البنين : أنا أعطي ودعوا لي الربع ، فقال أحمد : هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدَّين . وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده لأنه يمنع الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته ، لأن الدَّين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة . والمذهب الأول .

ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف على دَين الميت ، وذلك لأن الدَّين محله الذمة ، وإنما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدَّين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ، ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ، ولا يكون نماء التركة لهم . ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لأحد . لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لأنها لو انتقلت إليهم لزمهم نفقة الحيوان ، وكان نماؤها لهم غير محسوب من دَينهم . ولا يجوز أن تبقى للميت ، لأنه لم يبق أهلا للملك ، ولا يجوز أن لا تكون لأحد لأنها مال مملوك فلا بد من مالك ، ولأنها لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يتملكها كسائر المباحات ، فثبت أنها انتقلت إلى الورثة .

فعلى هذا : إذا نمت التركة ، مثل أن غلت الدار ، وأثمرت النخيل ، ونتجت الماشية ، فهو للوارث ينفرد به ، لا يتعلق به حق الغرماء ، لأنه نماء ملكه ، فأشبه كسب الجاني . ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء كنماء الرهن . ومن اختار الأول قال : تعلق الحق بالرهن آكد ، لأنه ثبت باختيار المالك ورضاه ، ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني .

وعلى الرواية الأخرى : يكون نماء التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج إليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الأولى تصرفهم صحيح ، فإن قضوا الدَّين وإلا نقضت تصرفاتهم ، كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دَين الجناية . وعلى الرواية الأخرى تصرفاتهم فاسدة ، لأنهم تصرفوا فيما لم يملكوه .

٨٤٥٧ (فصـــــل)

إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين ، فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم في صحته ، وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفاً عليهم وسقط حق الأبوين ، وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دَين ولا له وصية حلف الأبوان وكان نصيبهما طلقاً لهما ونصيب البنين وقفاً عليهم بإقرارهم ، لأنه ينفذ بإقرارهم ، وإن كان على الميت دَين أو وصى بشيء ، قضى دَينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين

كان وقفاً عليهم بإقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفاً عليه والباقى يقضى منه الدّين ، وما فضل يكون ميراثاً ، فما حصل للابنين منه كان وقفاً عليهما ، ولا يرث الحالف شيئاً ، لأنه يعترف أنه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه .

وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركا ، فإن كان مرتباً ، فإذا انقرض الأولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثانى بغير يمين ، لأنه قد ثبت كونه وقفاً بالشاهدين ويمين الأولاد ، فلم يحتج من انتقل إليه إلى بينة ، كما لو ثبت بشاهدين ، وكالمال الموروث ، وكذلك إذا انقرض الأولاد ورجع إلى المساكين لم يحتاجوا فى ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه .

وإن انقرض أحد الأولاد انتقل نصيبه منه إلى إخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله إليه بغير يمين لما ذكرنا . فإن امتنع البطن الأول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفاً عليهم بإقرارهم ، فإذا انقرضوا كان ذلك وقفاً على حسب ما أقروا به . فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وقفاً لنا فلهم ذلك ، لأنهم ينقلون الوقف من الواقف فلهم إثباته كالبطن الأول ، فأما إن حلف أحد البنين ونكل أخواه ثم مات الحالف نظرت ، فإن مات بعد موت إخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً ، وإن مات فى حياة إخوته ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : ينصرف إلى إخوته ، لأنه لا يثبت للبطن الثانى شىء مع بقاء أحد من البطن الأول .

والثانى : ينتقل إلى أولاده ، لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدمين .

والثالث : يصرف إلى أقرب عصبة الواقف ، لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثانى لما ذكرنا ، فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثانى . والأول : أصح ، لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه ، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ثبت الوقف من غير يمين ، وهاهنا قد حصل الاعتراف من البطن الثانى فوجب أن ينصرف إليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له .

فإن قيل : فإذا كان البطن الثانى صغاراً فما حصل الاعتراف منهم .

قلنا : قد حصل الاعتراف من الحالف الذى ثبتت الحجة بيمينه ، وبالبينة التى ثبت بها الوقف ، وبها يستحق البطن الثانى ، فاكتفى بذلك فى انتقاله إلى الأخوين ، كما يكتفى به فى انتقاله إلى البطن الثانى بعد انقراض الأخوين . ويدل على صحة هذا أننا اكتفينا بالبينة فى أصل الوقف وفى كيفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه ، فيجب أن يكتفى به فيه .

فأما إن كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه ، انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً ، لأنه لا منازع لهم فيه ، وإن مات من غير ولد انتقل إلى أخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران .

الحال الثانى : إذا كان الوقف مشتركا ، وهو أن يدّعوا أن أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ماتناسلوا فقد شرك بين البطون . ففى هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ، ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة . وإن كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق ، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة ، لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وإن كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم فى الوقف ، أو كان أحد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ، ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع ، لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة .

فإن قيل : فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم ، كما لو كان فى أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فإنه يسلم إلى وليه ؟

قلنا : الفرق بينهما أن الدار التى فى أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب[1] على أحد منهم فيها يمين ، وهذه يتنازعهم فيها الأبوان وأصحاب الديون والوصايا ، وإنما يأخذونها بأيمانهم ، فإذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا بيمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين . ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن ، فإنه لا يشاركهم أحد من البطن الثانى ، فإذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه حلف كان له ، وإن امتنع نظرت ، فإن كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثاً ، كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين ، فإن حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً ، لأن الوقف ثبت فى جميع الدار بأيمان البنين ، فلا يبطل بامتناع من حدث إلا أنه إن أقر أنها ليست وقفاً وكذب البنين فى ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نماء الميراث ، وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له .

وقال القاضى : إن امتنع من اليمين رد نصيبه إلى الأولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها ، لأنه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ، ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم ، فتعين رد نصيبه إليهم .

ولنا : أنه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف ، فلم يجز أن يثبت

(١) لعل الأنسب أن يقول (ولا يجب على أحد منهم فيها يمين) . (ف)

الوقف فى نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وإن كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم فى إقرارهم ، فلم يجز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال ، ولأنهم يقرون بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف ، فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك .

وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيما ذكرنا . وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت ، وكان الحكم فيه كالحكم فى نصيبه الأصلى .

وقال القاضى : إن بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ، ويقسم بين البالغين وورثة الميت ، لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لأنهما مستحقا الوقف .

٨٤٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال :﴿ ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه ، فحلف المدعى عليه ، ثم أحضر المدعى بينته ، حكم بها ، ولم تكن اليمين مزيلة للحق ﴾ .

وجملته : أن المدعى إذا ذكر أن بينته بعيدة منه ، أو لا يمكنه إحضارها ، أو لا يريد إقامتها ، فطلب اليمين من المدعى عليه أحلف له ، فإذا حلف ثم أحضر المدعى بينة حكم له ، وبهذا قال شريح والشعبى ومالك والثورى والليث والشافعى وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق . وحكى عن ابن أبى ليلى وداود أن بينته لا تسمع، لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة للمدعى، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى .

ولنا : قول عمر رضى الله عنه « البينة الصادقة أحب إلىّ من اليمين الفاجرة » وظاهر هذه البينة الصدق ، ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون أولى ، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين . وما ذكروه لا يصح ، لأن البينة الأصل واليمين بدل عنها . ولهذا لا تشرع إلا عند تعذرها . والبدل يبطل بالقدرة على المبدل ، كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل . ويدل على الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ، ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها .

٨٤٥٩ (فصل)

فإن طلب المدعى حبس المدعى عليه ، أو إقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة ، لم يقبل منه ، ولم يكن له ملازمة خصمه ، نص عليه أحمد ، لأنه لم يثبت له قِبله حق يحبس به ، ولا يقيم به كفيلا، ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوماً لم يتوجه عليه حق ، ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق .

وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها ، لأن ذلك من ضرورة إقامتها ، فإنه لو لم يتمكن

من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن إقامتها إلا بحضرته ، ولأنه لما تمكن من إحضاره مجلس الحاكم ليقيم البينة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة . وتفارق البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها ، فإن إلزامه الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه .

٨٤٦٠ (فصـــل)

ولو أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ، ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضى بها لما ذكرنا فى التى قبلها ، وإن قال المدعى : لى بينة حاضرة وأريد إحلاف المدعى عليه ثم أقيم البينة عليه ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، ويستحلف خصمه ، لأنه يملك استحلافه إذا كانت بينته بعيدة ، فكذلك إذا كانت قريبة ، ولأنه لو قال : لا أريد إقامة بينتى القريبة ملك استحلافه ، فكذلك إذا أراد إقامتها .

الثانى : لا يملك استحلافه ، لأن فى البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ، ولأن البينة أصل واليمين بدل ، فلا يجمع بين البدل والأصل كالتيمم مع الماء ، وفارق البعيدة فإنها فى الحال كالمعدومة للعجز عنها ، وكذلك التى لا يريد إقامتها ، لأنه قد تكون عليه مشقة فى إحضارها ، أو عليها فى الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التى يريد إقامتها .

٨٤٦١ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ واليمين التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله ، وإن كان الحالف كافراً ﴾ .

وجملته : أن اليمين المشروعة فى الحقوق التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله فى قول عامة أهل العلم ، إلا أن مالكا أحب أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو ، وإن استحلف حاكم بالله أجزأ . قال ابن المنذر : هذا أحب إلىّ لأن ابن عباس روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال له : قل : والله الذى لا إله إلا هو ماله عندك شيء[1] » رواه أبو داود . وفى حديث عمر حين حلف لأبىّ قال: «والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبىّ فيها شيء » .

وقال الشافعى : إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حدًّا أو مالاً يبلغ نصاباً غلظت اليمين ، فيحلف بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وقال فى القسامة : عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور . وهذا اختيار أبى الخطاب . وذكر القاضى أن هذا فى أيمان القسامة خاصة وليس بشرط .

---

(١) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٢٨٠ عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: — يعنى لرجل حلفه — احلف بالله الذى لا إله إلا هو ماله عنده شيء يعنى للمدعى .(ف)

وَلنا : قول الله تعالى : « تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاَةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِى بِهِ ثَمَنًا »[١] وَقال تعالى : « فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا »[٢] وَقال تعالى فى اللعان : « فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ »[٣] وَقال تعالى : « وَأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ »[٤] قال بعض أهل التفسير : من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين .

وَاستحلف النبى صلى الله عليه وسلم ركانة بن عبد يزيد[٥] فى الطلاق ، فقال : « آلله ما أردت إلا واحدة » وفى حديث الحضرمى والكندى : « أن النبى صلى الله عليه وَسلم قال : ألك بينة ؟ قال : لا ولكن أحلفه ، والله ما يعلم أنها أرضى غصبنيها »[٦] رواه أبو داود .

وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه .ولأن فى الله كفاية ، فوجب أن يكتفى باسمه فى اليمين كالموضع الذى سلموه .

فأما حديث ابن عباس وعمر فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك ، وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده ، وما ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه .

إذا ثبت هذا فإن اليمين فى حق المسلم وَالكافر جميعاً بالله تعالى ، لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى : « فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ »[٧] ولقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت[٨] »

٨٤٦٢ (فصـــــل)

وتشرع اليمين فى حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلا أو فاسقاً ، إمرأة أو رجلا ، لقول النبى صلى الله عليه وَسلم « اليمينُ عَلَى المدَّعَى عليهِ[٩] »

وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال : « قال كان بينى وبين رجل من اليهود أرض ، فجحدنى ،

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦
(٢) سورة المائدة آية ١٠٧
(٣) سورة النور آية ٦
(٤) سورة النور آية ٥٣
(٥) أخرجه أبو داود ج ١ ص ٥١١ (ف) .
(٦) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٢٨٠ « قال : لا ، ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضى اغتصبنيها أبوه» (ف).
(٧) سورة المائدة آية ١٠٦
(٨) أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عمر ، ومطلع الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » (ف) .
(٩) أخرجه الترمذى عن ابن عمرو (ف) .

فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك بينة ؟ قلت : لا ، قال لليهودي : احلف . قلت : إذاً يحلف فيذهب بمالي ، فأنزل الله عز وجل : (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا)[1] إلى آخر الآية ». رواه البخاري وأبو داود وابن ماجة . وفي حديث الحضرمي « قلت : إنه رجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه . قال : ليس لك منه إلا ذلك ».

٨٤٦٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ إلا أنه إن كان يهوديًا قيل له : قل : والله الذي أنزل التوراة على موسى . وإن كان نصرانيًا قيل له : قل : والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى . وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها ﴾

ظاهر كلام الخرقي رحمه الله أن اليمين لا تغلظ إلا في حق أهل الذمة ، ولا تغلظ في حق المسلمين ، ونحو هذا قال أبو بكر .

ووجه تغليظها في حقهم ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني لليهود « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى ؟[2] » رواه أبو داود . وكذلك قال الخرقي : تغلظ بالمكان ، فيحلف في المواضع التي يعظمها ويتوقى الكذب فيها ، ولم يذكر التغليظ بالزمان .

وقال أبو الخطاب : إن رأى التغليظ في اليمين في اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك . قال : وقد أومأ إليه أحمد في رواية الميموني، وذكر التغليظ في حق المجوسي . قال: فيقال له: قل: والله الذي خلقني ورزقني. وإن كان وثنيًا حلفه بالله وحده . وكذلك إن كان لا يعبد الله ، لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت[3] » ولأن هذا إن لم يكن يعتقد هذه يميناً فإنه يزداد بها إثماً وعقوبة ، وربما عجلت عقوبته ، فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره . وهذا كله ليس بشرط في اليمين ، وإنما للحاكم فعله إذا رأى .

وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده : مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثوري وأبو عبيد .

---

(١) سورة آل عمران آية ٧٧

(٢) في سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٨١ (أنشدكم بالله) والمعنى أسألكم وأقسم عليكم بالله (ف) .

(٣) مر تخريجه قريباً (ف) .

وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان فى حق مسلم : أبو حنيفة وصاحباه . وقال مالك والشافعى: تغلظ ، ثم اختلفا . فقال مالك : يحلف فى المدينة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويحلف قائماً ، ولا يحلف قائماً إلا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويستحلفون فى غير المدينة فى مساجد الجماعات ، ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم .

وقال الشافعى : يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة ، وفى المدينة عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفى سائر البلدان فى الجوامع عند المنبر ، وعند الصخرة فى بيت المقدس ، وتغلظ فى الزمان فى الاستحلاف بعد العصر ، ولا تغلظ فى المال إلا فى نصاب فصاعداً ، وتغلظ فى الطلاق والعتاق والحد والقصاص . وهذا اختيار أبى الخطاب . وقال ابن جرير : تغلظ فى القليل والكثير ، واحتجوا بقول الله تعالى : (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله)[1] قيل : أراد بعد العصر .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار[2] » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين .

وروى مالك ، قال : اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم ، فقال زيد : أحلف له مكانى ، فقال مروان : لا والله إلا عند مقاطع الحقوق . قال : فجعل زيد يحلف إن حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب .

ولنا : قول الله تعالى (فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا)[3] ولم يذكر مكاناً ، ولا زمناً ولا زيادة فى اللفظ .

واستحلف النبى صلى الله عليه وسلم ركانة[4] فى الطلاق فقال « آلله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال : الله ما أردت إلا واحدة . ولم يغلظ يمينه بزمن . ولا مكان ولا زيادة لفظ . وسائر ما ذكرنا فى التى قبلها .

وحلف عمر لأبىّ حين تحا كما إلى زيد فى مكانه وكانا فى بيت زيد . وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص ، ومخالفة الإجماع ، فإن ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر ، وهو فى محل الشهرة فكان إجماعاً .

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) أخرجه ابن ماجة عن جابر بن عبد الله ولفظه ج ٢ ص ٧٧٩ باب اليمين عند مقاطع الحقوق : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بيمين آثمة عند منبرى هذا فليتبوأ مقعده من النار ولو على سواك أخضر » قال السندى فى حاشيته ج ٢ ص ٥٣ « لعل التقييد بالأخضر بناء على أنه يستبعد الاختصام بين العاقلين فى مثله » (ف) .

(٣) سورة المائدة آية ١٠٧

(٤) سبق تخريجه قريباً (ف) .

وقوله تعالى:(تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ)[١] إنما كان فى حق أهل الكتاب فى الوصية فى السفر[٢] ، وهى قضية خولف فيها القياس فى مواضع منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم وهم لا يعملون بها أصلا فكيف يحتجون بها ؟

ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها . والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه القياس وترك العمل به .

وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر ، إنما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ، ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان فى قضية خالفه زيد فيها . وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان ، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة ؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبى صلى الله عليه وسلم وإطلاق كتاب الله تعالى ، وهذا مالا يجوز .

وإنما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ فى حق الذمى لاستحلاف النبى صلى الله عليه وسلم اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى »[٣] ولقول الله تعالى فى حق الكتابيين (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ[٤]) ولأنه روى عن كعب بن سور فى نصرانى قال : اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل فى حجره والتوراة على رأسه . وقال الشعبى فى نصرانى : اذهب به إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله . وقال ابن المنذر : لا أعلم حجة توجب أن يستحلف فى مكان بعينه ولا بيمين غير الذى يستحلف بها المسلمون .

وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم فى أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب ، إلا أن ابن الصباغ ذكر أن فى وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعى ، وخالفه ابن العاص . فقال : لا خلاف بين أهل العلم فى أن القاضى حيث استحلف المدعى عليه فى عمله وبلد قضائه جاز ، وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحساناً .

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) فى نسخة الشيخ رشيد ج ١٢ ص ١١٦ والفقى ج ٩ ص ٢٢٩ (وإنما كان فى حق أهل الكتاب ..) والصواب كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٤٧ (إنما كان فى حق أهل الكتاب) بدون (واو) قبل (إنما) لأنها وما بعدها خبر (قوله تعالى) (ف) .

(٣) مر تخريجه قريباً (ف) . (٤) سورة المائدة آية ١٠٦ .

٨٤٦٤ (فصـــل)

قال ابن المنذر : ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف . وقال الشافعي : رأيتهم يؤكدون بالمصحف ، ورأيت ابن مازن ؛ وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف . قال أصحابه : فيغلظ عليه بإحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله تعالى وأسمائه ، وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها ، ولا يترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره .

٨٤٦٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويحلف الرجل فيما عليه على البت ، ويحلف الوارث على دَين الميت على العلم ﴾ .

معنى البت : القطع ، أى يحلف بالله ما له علىّ شيء . وجملة الأمر أن الأيمان كلها على البت والقطع إلا على نفى فعل الغير فإنها على نفى العلم . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى . وقال الشعبى والنخعى : كلها على العـلم . وذكر ابن أبى موسى رواية عن أحمد . وذكر أحمد حديث الشيبانى عن القاسم بن عبدالرحمن عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تضطروا الناس فى أيمانهم أن يحلفوا على مالا يعلمون » ولأنه لا يكلف ما لا علم له به . وقال ابن أبى ليلى : كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه .

ولنا : حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال له : قل : والله الذى لا إله إلا هو ماله عليك حق[1] » وروى الأشعث بن قيس « أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى أرض من اليمن ، فقال الحضرمى يا رسول الله إن أرضى اغتصبنيها أبو هذا وهى فى يده ، قال : هل لك بينة ؟ قال : لا ولـكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضى اغتصبنيها أبوه ، فتهيأ الـكندى لليمين » رواه أبو داود ولم ينـكر ذلك النبى صلى الله عليه وسلم . وما ذكروه لا يصح ، لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك فى فعل غيره ، فافترقا فى اليمين كما افترقت الشهادة ، فإنها تـكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من المعقود ، وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب ، وعلى نفى العلم فيما لا تمـكن الإحاطة بانتفائه ، كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفى فعل الغير .

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو إثباتاً ، وأما ما يتعلق بفعل غيره ، فإن كان إثباتاً مثل أن يدعى أنه أقرض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع . وإن

(١) أخرجه أبو داود وقد ذكرنا لفظه قريباً (ف) .

كان على نفي العلم مثل أن يدعى عليه دَين أو غصب أو جناية[1] أو فإنه يحلف على نفي العلم لا غير ، وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم ، كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال :ليس له وارث غيرهم سمع ذلك . وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه أن عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث .

٨٤٦٦ (فصـــل)

قال ابن أبي موسى : اختلف قول أحمد : فيمن باع سلعة وظهر المشتري على عيب بها . وأنكره البائع ، هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين . ولو أبق عند المشتري فادعى على البائع أنه أبق عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين ، إلا أن يكون ولده فيحلف أنه لم يأبق قط ، ووجه كون اليمين على علمه أنها على نفي فعل الغير ، فأشبه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى ، ووجه الأخرى أنه إذا ادعى عليه أنه باعه معيباً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان إثباتاً .

٨٤٦٧ (فصـــل)

ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من إثم ولا غيره ، لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً . وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه .

وحلف عمر لأبيّ على نخيل ثم وهبه له ، وقال : خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة . وقال حنبل : بُلِيَ أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء إليه ابن عمه فقال :لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك ، فقيل لأبي عبد الله ما ترى ؟ قال احلف له إذا لم يكن له قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له ، وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف وأنا من أنا ، وعزم أبو عبد الله على اليمين ؛ فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة . واختلف في الأولى ، فقال قوم : الحلف أولى من افتداء يمينه لأن عمر حلف ؛ ولأن في الحلف فائدتين :

أحدهما : حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته .

والثانية : تخليص أخيه الظالم من ظلمه وأكل المال بغير حقه ، وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه .

(١) في نسخة الشيخ رشيد ج ١٢ ص ١١٩ والفقي ج ٩ ص ٢٣١ (أو فإنه يحلف) والصواب حذف (أو) كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٤١ (ف) .

وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم على رجل أن يحلف ويأخذ حقه . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ، فإن عثمان افتدى يمينه وقال : خفت أن تصادف قدراً فيقال : حلف فعوقب ، أو هذا شؤم يمينه .

وروى الخلال بإسناده أن حذيفة عرف جملا سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين ، فصارت اليمين على حذيفة ، فقال : لك عشرة دراهم فأبى ، فقال : لك عشرون فأبى ، فقال : لك ثلاثون فأبى ، فقال : لك أربعون فأبى ، فقال حذيفة: أتراني أترك جملي ؟ فحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب . ولأن في اليمين عند الحاكم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدَراً فينسب إلى الكذب وأنه عوقب بحلفه كاذباً ، وفي ذهاب ماله له أجر ، وليس هذا تضييعاً للمال ، فإن أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة .

وأما عمر : فإنه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم ، فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف ، وهذا أولى والله تعالى أعلم .

٨٤٦٨ (فصـــل)

فأما الحلف الكاذب ليقتطع به مال أخيه ففيه إثم كبير . وقد قيل : إنه من الكبائر ، لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ اللهُ وَلاَ يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ)[1] قال الأشعث بن قيس : نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « بينتك أو يمينه » قلت إذاً يحلف عليها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري .

وروى ابن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الكندي « لئن حلف على ماله ليأ كله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح . وقد روي في حديث أن يمين الغموس[2] تذر الديار بلاقع . ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والأخبار .

---

(١) سورة آل عمران-آية ٧٧

(٢) في منتخب كنز العمال ج ٦ ص ٤٥٩ قال ما نصه « اليمين الغموس تدع الديار بلاقع » أخرجه أبو الحسن خيثمة بن سليمان بن حيدرة الاطرابلسي في جزئه عن واثلة ــ « اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع وتعقم الرحم وتقل العدد » أخرجه عبد الرزاق عن معمر بلاغا » (ف) .

٨٤٦٩ (فصـــــل)

ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له علىّ ، وبهذا قال المزنى . وقال أبو ثور : له ذلك ، لأن الله تعالى قال (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ)[1] ولأنه لا يستحق مطالبته به فى الحال ولا يجب عليه أداؤه إليه . ولنا أن الدين فى ذمته ، وهو حق له عليه ، ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به .

٨٤٧٠ (فصـــــل)

ويمين الحالف على حسب جوابه ، فإذا ادعى عليه أنه غصبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا فى جواب المدعى عليه ، فإن قال : ما غصبتك ولا استودعتنى ولا أقرضتنى ، كلف أن يحلف على ذلك ، فإن قال مالك علىّ حق أو لا تستحق علىّ شيئاً ، أو لا تستحق علىّ ما ادعيته ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ، ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض ، لأنه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه ، فلو كلف جحد ذلك كان كاذباً ، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه ، فإذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب .

ولو ادعى أننى ابتعت منك الدار التى فى يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا فى جوابه ، فإن أجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه أن يحلف أنه ما ابتاعها ، لأنه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه ، وإن أجاب بأنك لم تبتعها منى حلف على ذلك .

قال أحمد فى رجل ادعى على رجل أنه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتنى ؟ قال : إذ حلف مالك عندى شىء ولا لك فى يدى شىء فهو يأتى على ذلك ، وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب ، وأنه متى حلف مالك قبلى حق برىء بذلك ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٨٤٧١ (فصـــــل)

ولا تدخل اليمين النيابة ، ولا يحلف أحد عن غيره . فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف عنه ، ووقف الأمر حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصى أو الأمين له فأنكر المدعى عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه . ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعى لم يحلف الولى عنهما ، ولكن تقف اليمين ، ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وإن ادعى على العبد دعوى نظرت ؛ فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف فالخصومة معه دون سيده .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

فإن قلنا : إن اليمين تشرع فى هذا، أحلف العبد دون سيده ، وإن نكل لم يحلف غيره ، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه كإتلاف مال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ، ولا يحلف العبد فيها بحال .

٨٤٧٢ (فصـــــل)

وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، وقال لى بينة أقيمها ، أو حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقن ، فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل ، وإن لم يحلف جعل نا كلا . وقيل: لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة . وإن قال : ما أريد أن أحلف ، أو سكت فلم يذكر شيئاً ، نظرنا فى المدعى ، فإن كان مالا أو المقصود منه المال قضى عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعى ، نص عليه أحمد فقال : أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه وإلا دفع إليه حقه ، وبهذا قال أبو حنيفة . واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى إن ردها حلف المدعى ، وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوّبه أحمد فقال : ما هو ببعيد يحلف ويستحق ، وقال : هو قول أهل المدينة .

روى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وبه قال شريح والشعبى والنخعى وابن سيرين ومالك فى المال خاصة ، وقاله الشافعى فى جميع الدعاوى ، لما روى عن نافع عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق » رواه الدارقطنى . ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعى وقوى جانبه فتشرع اليمين فى حقه كالمدعى عليه قبل نكوله ، وكالمدعى إذا شهد له شاهد واحد ، ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على مالا يتحققه ، أوللخوف من عاقبة اليمين ، أو ترفعاً عنها مع علمه بصدقه فى إنكاره . ولا يتعين بنكوله صدق المدعى ، فلا يجوز الحكم له من غير دليل . فإذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو أقوى منها كما فى موضع الوفاق . وقال ابن أبى ليلى : لا أدعه حتى يقر أو يحلف .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على جانب المدَّعى عليه » فحصرها فى جانب المدَّعى عليه . وقوله « البينة على المدعِى واليمين على المدَّعى عليه » فجعل جنس اليمين فى جنبة المدَّعى عليه ، كما جعل جنس البينة فى جنبة المدعى .

وقال أحمد : قدم ابن عمر إلى عثمان فى عبد له فقال له : احلف أنك ما بعته وبه عيب علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى ، ولأنها بينة فى المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام فى دفترة دَيناً له على إنسان فطالبه به فأنكره ، وطلب منه اليمين فأنكره ، فإنه لاخلاف أن اليمين لا ترد . وقد ذكر أصحاب الشافعى فى هذا أنه يقضى بالنكول فى أحد الوجهين وفى الآخر يحبس المدَّعى عليه حتى يقر أو يحلف ، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى إليه

بتفريق ثلثه وأنكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم ، والخبر لا تعرف صحته . ومخالفة ابن عمر له فى القصة التى ذكرناها تدل على ضعفه ، فإنه لم يرد اليمين على المدعى ولا ردها عثمان .

فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم : إن حلفت وإلا قضيت عليك ثلاثاً ،فإن حلف وإلا قضى عليه . وعلى القول الآخر يقول له : لك رد اليمين على المدعى ، فإن ردها حلف وقضى له ، وإن نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، فإن قال لى بينة أقيمها أو حساب استثبته لا أحلف على ما أتيقنه أخرت الحكومة . وإن قال : ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين ، فلو بذلها فى ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى أن يعود فى مجلس آخر .

فإن قيل : فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها هاهنا ؟

قلنا : اليمين فى حق المدعى عليه هى الأصل ، فمتى قدر عليها أو بذلها وجب قبولها والمصير إليها كالمبدلات مع إبدالها ، وأما يمين المدعى فهى بدل ، فإذا امتنع منها لم ينتقل الحق إلى غيره ، فإذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ، وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه ، وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع ، لأن الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد فى القصاص .

ونقل عنه فى رجل ادعى على رجل أنه قذفه ، فقال : استحلفوه ، فإن قال : لا أحلف أقيم عليه . قال أبو بكر : هذا قول قديم ، والمذهب أنه لا يقضى فى شىء من هذا بالنكول . ولا فرق بين القصاص فى النفس والقصاص فى الطرف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى بالنكول فى القصاص فيما دون النفس . وعن أحمد مثله . والأول هو المذهب،لأن هذا أحد نوعى القصاص فأشبه النوع الآخر . فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان :

أحدهما : يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة ، وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر .

والثانى : يحبس حتى يقر أو يحلف ، وأصل الوجهين المرأة إذا نكلت عن اللعان .

٨٤٧٣ (فصــــل)

وإذا حلف فقال : إن شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين ، لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين . وكذلك إن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم، وإن حلف قبل أن يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتد بما حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك إن استحلفه الحاكم قبل أن يسأله المدعى استحلافه لم يعتد بها .

٨٤٧٤ (فصــــل)

ولو ادعى على رجل دَيناً أو حقاً فقال : قد أبرأتنى منه أو استوفيته منى ، فالقول قول من ينكر

الإبراء والاستيفاء مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً مابرئت ذمتك منه ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه . وإن ادعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه .

٨٤٧٥ (فصـــل)

والحقوق على ضربين :

أحدهما : ما هو حق لآدمي .

والثاني : ما هو حق لله تعالى .

فحق الآدمي ينقسم قسمين :

أحدهما : ما هو مال أو المقصود منه المال ، فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم ، فإذا لم تـكن للمدعي بينة حلف المدعَى عليه وبرىء . وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والـكندي اللذين اختلفا في الأرض ، وعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولـكن اليمين على المدعى عليه » .

القسم الثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين ، كالقصاص ، وحد القذف ، والنـكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، والنسب ، والاستيلاد ، والولاء ، والرق ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين . قال أحمد : لم أسمع من مضى جوّزوا الأيمان إلا في الأموال والعروض خاصة ، وهذا قول مالك ، ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال : لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الإيلاء ، ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب ، لأن هذه الأشياء لا يدخلها البدل ، وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل ، فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم ، ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود .

والرواية الثانية : يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف . وقال الخرقي : إذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك ، فالقول قولها مع يمينها ، وإذا اختلف في مضي الأربعة أشهر فالقول قوله مع يمينه ، فيخرج من هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي ، وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو يعطَى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولـكن اليمين على المدعَى عليه » أخرجه مسلم ، وهذا عام في كل مدعى عليه ، وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الأحاديث ، ولأنها دعوى صحيحة في حق لآدمي ، فجاز أن يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال .

الضرب الثاني : حقوق الله تعالى ، وهي نوعان :

أحدها : الحدود ، فلا تشرع فيها يمين ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلى من غير يمين ، فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى ، ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره ، وللشهود بترك الشهادة والستر عليه . قال النبى صلى الله عليه وسلم لهزال فى قصة ماعز « يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك »(١) فلا تشرع فيه يمين بحال .

النوع الثانى : الحقوق المالية كدعوى الساعى الزكاة على رب المال ، وأن الحول قد تم و كمل النصاب ، فقال أحمد : القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم . وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد : يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمى .

ولنا : أنه حق لله تعالى أشبه الحد ، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة . ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله فى نفى ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى فى هذا ولا فى حد لله تعالى ، لأنه لا حق للمدعى فيه ولا ولاية له عليه ، فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقًّا لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه ، فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل أن يدّعى سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه ، سمعت دعواه ، ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمى دون حق الله تعالى .

٨٤٧٦ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها فى هذا البيت ، وشهد الآخران أنه زنى بها فى البيت الآخر ، فالأربعة قذفة وعليهم الحد ﴾ .

وجملته : أن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد ، فإن لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد ، فإذا شهد اثنان أنه زنى بها فى هذا البيت واثنان أنه زنى بها فى بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنًا واحد ، لأن الزنا فى هذا البيت غير الزنا فى الآخر ، فلم تكمل شهادتهم ويحدّون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعى فى أحد قوليه ، وقال أبو بكر : تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه . واستبعده أبو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الأصول والإجماع ، والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعى وأصحاب الرأى وأبو ثور والشافعى فى قول : لا حدّ على الشهود لأنهم كملوا أربعة ، ولا على المشهود عليه لأنهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به .

ولنا : أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد ، كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة واثنان أنه زنى بغيرها .

---
(١) سبق تخريجه قريباً (ف) .

ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنا واحد أو باثنين ، فإن كانت بفعل واحد مثل أن يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فى الموضعين ،فاثنان منهم كاذبان يقيناً ، واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض أولى ، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عينوا فى شهادتهم أنه زنى مرة أخرى ، وما ذكروه يبطل بالأصل الذى ذكرناه .

٨٤٧٧ (فصـــــل)

وكذلك كل شهادة عَلَى فعلين ، مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى، أو يشهدان أنه زنى بها فى يوم ، وآخران أنه زنى بها فى آخر ، أو يشهدان أنه زنى بها ليلا ، وآخران أنه زنى بها نهاراً ، أو يشهدان أنه زنى بها فى غدوة ، ويشهد آخران أنه زنى بها عشياً ، وأشباه هذا ، فإنهم قذفة فى هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه . فإن شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية بيت ، وشهد آخران أنه زنى بها فى زاوية منه أخرى وكانتا متباعدتين ، فالحكم فيه كما ذكرنا . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحساناً ، وهو قول أبى بكر .

ولنا : أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته إليهما فأشبها البيتين. وأما إن كانتا متقاربتين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منهما كملت الشهادة لإمكان صدقهم فى نسبته إلى الزاويتين جميعاً .

٨٤٧٨ (فصـــــل)

ومتى كانت الشهادة عَلَى فعل ، فاختلف الشاهدان فى زمنه أو مكانه أو صفة له تدل عَلَى تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما ، مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت ، ويشهد الآخر أنه غصبه ديناراً يوم الجمعة ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق ، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر ،أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً ، فلا تكمل الشهادة ، لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا إن اختلفا فى زمن القتل أو مكانه أو صفته ، أو فى شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة ، لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذى شهد به الآخر ، فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد ، فلم يقبل ،إلا عَلَى قول أبى بكر ، فإن هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا فى الزمان والمكان ، فأما إن اختلفا فى صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض ، وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ، ذكره ابن حامد . وقال أبو بكر :تكمل ، والأول أصح ، لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد عَلَى ما قدمناه .

* وإن اختلفا فى صفة المشهود به اختلافاً يوجب تغيرهما ، مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار ، فلا خلاف فى أن الشهادة لا تكمل ، لأنه لا يمكن إيجابهما جميعاً ، لأنه يكون إيجاباً بالحق عليه بشهادة واحد ، ولا إيجاب أحدهما بعينه ، لأن الآخر لم يشهد به ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا فى الزمان أو المكان أو الصفة ثبتا جميعاً ، لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق ، وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما ، إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان ، لعلمنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هى، بخلاف مايتكرر ويمكن صدق البينتين فيه ، فإنهما جميعاً يثبتان إن ادَّعَاهُمَا ، وإن لم يدّع إلا إحداهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدّعه .

وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، وشهد آخران أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض ، أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد آخران أنه سرقه عشياً ، فقال القاضى : يتعارضان ، وهو مذهب الشافعى ، كما لو كان المشهود به قتلا . والصحيح أن هذا لا تعارض فيه ، لأنه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود ، فتشهد كل بينة بأحدهما ، ويمكن أن يسرق كيساً غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشياً ، ومع إمكان الجمع لا تعارض .

فعلى هذا : إن ادعاهما المشهود له ثبتا له فى الصورة الأولى، وأما فى الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب ، فإن المشهود به وإن كانا فعلين لكنهما فى محل واحد ، فلا يجب أكثر من ضمانه ، وإن لم يدّع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه ، وإن شهد له شاهد بسرقة كيس فى يوم ، وشهد آخر بسرقة كيس فى يوم آخر ، أو شهد أحدهما فى مكان ، وشهد آخر بسرقة فى مكان آخر ، أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض ، وشهد آخر بغصب كيس أسود ، فادّعاهما المشهود له ، فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به ، لأنه مال قد شهد له به شاهد ، وإن لم يدّع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه .

٨٤٧٩ (فصــــل)

فأما الشهادة عَلَى الإقرار ، مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا ، أو أن له فى ذمته كذا ، ويشهد آخر أنه أقر عندى بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال زفر : لا تكمل شهادتهما لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة ، فأشبه الشهادة عَلَى الفعل .

ولنا : أن المقرّ بِهِ واحد ، وقد شهد اثنان بالإقرار به فكملت شهادتهما ، كما لو كان الإقرار بهما واحداً.

وفارق الشهادة عَلَى الفعل ، فإن الشهادة فيها عَلَى فعلين مختلفين ، فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى أنه قتله فى يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة ، فإن شهادتهما لا تقبل هاهنا .

ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة فى حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب الشهود فى أماكنهم لا فى جمعهم إلى المشهود له فيمضى إليهم فى أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره ، وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما : أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الخميس ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الجمعة ، أو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعربية، وقال الآخر: أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة، لأن الذى شهد به أحدهما غير الذى شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة ، كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير ، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعَلَى قول أبى بكر تكمل الشهادة فى القتل والقذف . لأن القذف بالعربية أو العجمية ، والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضى، فلا يعتبر فى الشهادة ولم يؤثر ، والأول أصح .

٨٤٨٠ (فصـــل)

فإن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس ، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم ، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة . وقال الشافعى : لا تكمل . لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد ، أشبه ما لو شهد بالغصب فى وقتين .

ووجه قول أصحابنا : أن المشهود به شىء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً ، فاختلافهما فى الوقت ليس باختلاف فيه ، فلم يؤثر ، كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية .

٨٤٨١ (فصـــل)

وكذلك الحكم فى كل شهادة على قول ، فالحكم فيه كالحكم فى البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس ، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة فى قولهم جميعاً . لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم ، فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت ، كما لو كانت الشهادة عَلَى فعل . وكذلك القذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهد على قذف واحد .

٨٤٨٢ (فصـــل)

فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها . لأنه يجوز أن يكون الغصب الذى أقر به هو الذى شهد الشاهد به ، فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة ، كما لو

شهدا فى وقتين على إقراره بالغصب . وقال القاضى : لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها ، وهو قول الشافعى ، لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد . وهذا يبطل بالشهادة عَلَى إقرارين. فإنه يجوز أن يكون ماأقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا فى وقتين مختلفين. ولأنه إذاأمكن جعل الشهادة عَلَى واحد لم تحمل على اثنين كالإقرارين ، وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الإقرار به اثنان . وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد ، أو أنه أقر بغصبه منه ، وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما ، لأنهما لم يشهدا على شىء واحد . وإن شهد أنه أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده إلى يديه ، لأن اليد دليل الملك فترد إلى يده لتكون دلالتها ثابتة له .

قال مهنا : سألت أبا عبدالله عن رجل ادعى داراً فى يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما أن هذه الدار لفلان ، وقال الآخر أشهد أن هذه الدار دار فلان ، قال : شهادتهما جائزة .

٨٤٨٣ (فصـــل)

ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه ، لأن الناس يختلفون فى شروطه ، فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد أن النكاح صحيح وهو فاسد ، وإن شهد بعقد سواه كالبيع والإجارة . فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين :

أحداهما : يشترط ذكرها ، لأن الناس يختلفون فى شروطه ، فاشتراط ذكرها كالنكاح .

والثانيـة : لا يشترط ذكر شروطه ، لأنه لا يشترط ذكرها فى الدعوى ، فكذلك فى الشهادة به بخلاف النكاح .

وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها ، أو من لبن حلب منه ، وعدد الرضعات ، لأن الناس يختلفون فى عدد الرضعات وفى الرضاع المحرم . وإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ، ولا بد من ذكر أن ذلك كان فى الحولين .

وإن شهد بالقتل فلابد من وصف القتل ، فيقول : جرحه فقتله ، أو ضربه بكذا فقتله ، ولو قال : ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز أن يكون مات بغير هذا . وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات ، فقال له شريح : فمات منه أوفقتله ؟ فأعاد القول الأول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل : فقتله ولا فمات منه ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك . رواه سعيد .

ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزانى والمزنى بها ، ومكان الزنا وصفته ، لأن اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد . وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا ، فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال ، واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له ، أو له فى وطئها شبهة ، وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين .

ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج إلى ذكر المزنى بهـــا ولا ذكر المـكان ، لأنه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان .

وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز ، وذكر المسروق منه وصفة السرقة .

وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف .

وإن شهد بمال احتاج إلى تحريره بمثل ما ذكرنا فى الدعوى .

وإن ترك الشاهد ذكر شىء يحتاج إلى ذكره . سأله الحاكم عنه ، كما سأل شريح الشاهد الذى شهد عنده أنه اتـكأ عليه بمرفقه حتى مات .

وإن حرر المدعى دعواه ، أوحرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها ، وقال الآخر : أشهد بمثل ذلك ، أو قال حين حرر المدعى دعواه أشهد بذلك أو بهذا أجزأه .

٨٤٨٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولو جاء أربعة متفرقون ، والحاكم جالس فى مجلس حكمه ، لم يقم قبل شهادتهم ، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد ﴾ .

هذه المسألة قد ذكرناها فى كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا .

٨٤٨٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا : عمدنا ، اقتص منهما ، وإن قالا : أخطأنا ، غرما الدية أو أرش الجرح ﴾ .

وجملة الأمر : أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يرجعوا قبل الحـكم بها ، فلا يجوز الحـكم بها فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال : يحكم بها ، لأن الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها ، كما لو رجعا بعد الحـكم ، وهذا فاسد . لأن الشهادة شرط الحـكم ، فإذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما . فلم يجز الحـكم بها ، كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ، ولأنه زال ظنه فى أن ما شهد به حق ، فلم يجز له الحـكم به ، كما لو تغير اجتهاده ، وفارق ما بعـد الحـكم فإنه تم بشرطه . ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده .

الحال الثانى : أن يرجعا بعد الحـكم وقبل الاستيفاء ، فينظر ، فإن كان المحـكوم به عقوبة كالحـد والقصاص لم يجز استيفاؤه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ورجوعهما من أعظم الشبهات ، ولأن المحـكوم

به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها ، فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم . وفارق المال ، فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهدين عوضه . والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدين ، لأن ذلك ليس بجبر ، ولا يحصل لمن وجب له منه عوض ، وإنما شرع للزجر والتشفى والانتقام لا للجبر .

فإن قيل : فقد قلتم : إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى فى أحد الوجهين .

قلنا : الرجوع أعظم فى الشبهة من طريان الفسق ، لأنهما يقران أن شهادتهما زور ، وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما . وهذا الذى طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذباً ، ولا أنه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ، ولا حين الحكم بها ، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شىء ، والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا . وإن كان المشهود به مالاً استوفى ولم ينقض حكمه فى قول أهل الفتيا من علماء الأمصار . وحكى عن سعيد بن المسيب والأوزاعى أنهما قالا : ينقض الحكم وإن استوفى الحق ؛ لأن الحق ثبت بشهادتهما ، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم ، فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين .

ولنا : أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما ، كما لو ادعياه لأنفسهما . يحققهذا أنحق الإنسان لا يزول إلا ببينة أو إقرار ، ورجوعهما ليس بشهادة ، ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ، ولا هو إقرار من صاحب الحق . وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين ، لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول . وفى مسألتنا لم يتبين ذلك لجواز أن يكونا عدلين صادقين فى شهادتهما ، وإنما كذبا فى رجوعهما . ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى فإنها تدرأ بالشبهات .

الحال الثالث : أن يرجعا بعد الاستيفاء ، فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شىء ، سواء كان المشهود به مالاً أو عقوبة ، لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ، ويرجع به على الشاهدين ، ثم ينظر ، فإن كان المشهود به إتلافاً فى مثله القصاص ، كالقتل والجرح ، نظرنا فى رجوعهما ، فإن قالا : عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع ، فعليهما القصاص . وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد .

وقال أصحاب الرأى : لا قود عليهما ، لأنهما لم يباشرا الإتلاف ، فأشبها حافر البئر وناصب السكين إذا تلف بهما شىء .

ولنا : أن علياً رضى الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ، ثم عادا فقالا : أخطأنا ليس هذا هو السارق ، فقال على : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولا مخالف له فى الصحابة فيكون إجماعاً ، ولأنهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضى إليه غالباً ، فلزمهما القصاص كالمكره . وفارق الحفر ونصب السكين ، فإنه لا يفضى إلى القتل غالباً .

وقد ذكرنا هذه المسألة فى القصاص .

فأما إن قالا : عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك ، وجبت الدية فى أموالهما مغلظة ، لأنه شبه عمد ، ولم تحمله العاقلة ، لأنه ثبت باعترافهما ، والعاقلة لا تحمل اعترافاً ، وإن قال أحدهما : عمدت قتله ، وقال الآخر : أخطأت ، فعلى العامد نصف دية مغلظة ، وعلى الآخر نصف دية مخففة ، ولا قصاص فى الصحيح من المذهب لأنه قتل عمد وخطأ[1] .

وإن قال كل واحد منهما : عمدت وأخطأ صاحبى ، احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه ، واحتمل وجوب الدية ، لأن كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شاركه فيه مخطئاً ، وهذا لا يوجب القصاص ، والإنسان إنما يؤاخذ بإقراره لا بإقرار غيره ، فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة . وإن قال أحدهما : عمدنا جميعاً ، وقال الآخر : عمدت وأخطأ صاحبى ، فعلى الأول القصاص ، وفى الثانى وجهان كالتى قبلها .

وإن قالا جميعاً : أخطأنا ، فعليهما الدية مخففة فى أموالهما ، لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما : عمدنا معاً ، وقال الآخر : أخطأنا معاً ، فعلى الأول القصاص ، وعلى الثانى نصف دية مخففة ، لأن كلاً منهما يؤاخذ بحكم إقراره ، وإن قال كل واحد منهما : عمدت ولا أدرى ما فعل صاحبى ؟ فعليهما القصاص ، لإقرار كل واحد منهما بالعمد ، ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ، لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص ، وإنما يؤاخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه .

وإن قال أحدهما : عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى ، سئل صاحبه ، فإذا قال : عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى ، فهى كالتى قبلها ، وإن قال : عمدنا ، فعليه القصاص ، وفى الأول وجهان . وإن قال : أخطأت ، أو أخطأنا ، فلا قصاص على واحد منهما . وإن جهل حال الآخر بأن يجن أو يموت أو لا يقدر عليه ، فلا قصاص على المقر ، وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

٨٤٨٦ (فصــــل)

وإن رجع أحد الشاهدين وحده ، فالحكم فيه كالحكم فى رجوعهما فى أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ، وفى أنه لا يستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها ، لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما . وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم إقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ وجب عليه

(١) هو ما يسمى شبه العمد ، وعمد الخطأ ، وخطأ العمد كما مر ، لأنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل — وهذه الفقرة التى وردت فى المغنى ذكرت فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ١١٨ دون قوله (لأنه قتل عمد وخطأ) (ف) .

نصيبه من الدية المخففة . وإن كان الشهود أكثر من اثنين فى الحقوق المالية أو القصاص ونحوه ، فما ثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء ، لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ، لأن ما بقى من البينة كاف فى إثبات الحكم واستيفائه ، وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه ، أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك . وفى ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٤٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإن كانت شهادتهما بمال غرماه ، ولم يرجع به على المحكوم له به ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً ﴾ .

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به ، فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والأوزاعى ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى ، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأصحاب الرأى ، وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته ، لأنه لم يوجد منهما إتلاف المال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما .

ولنا : أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق ، حالا بينه وبينه فلزمهما الضمان ، كما لو شهدا بعتقه ، ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما للرجوع عنها ، فأشبه ما لو شهدا بحريته ، ولأنهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص .

يحقق هذا أنه إذا ألزمهما القصاص الذى يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى .

وقولهم : إنهما ما أتلفا المال ، يبطل بما إذا شهدا بعتقه ، فإن الرق فى الحقيقة لا يزول بشهادة الزور ، وإنما حالا بين سيده وبينه ، وفى موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما ، كشاهدى القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين .

٨٤٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإن كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته ﴾

أما إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير مالكه ، فالحكم فى ذلك كالحكم فى الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، لأنها من جملة المال . وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم ، فيه فإن المخالف فى التى قبلها هو الشافعى ، وقد وافق هاهنا ، وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كإخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكه ، فإذا لزمه الضمان ثم لزمه هاهنا وغرما القيمة ، لأن العبيد من المتقومات لا من ذوات الأمثال .

٨٤٨٩ (فصـــــل)

وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به لحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول ، فالواجب عليهما نصف المسمى ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي في أحد قوليه : يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع ، فلزمهما عوضه وهو مهر المثل ، وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل ، لأنه إنما ملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو إسلامها أو قتلها نفسها ، فإنها لا تضمن شيئاً ، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً . وإنما وجب عليهما نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه ، فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره .

وقوله : إنه ملك نصف البضع غير صحيح ، فإن البضع لا يجوز تمليك نصفه ولأن العقد ورد على جميعه ، والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤه لها . وتملك طلبه إذا لم تقبضه ، وإنما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ضمان عليهما ، وبه قال أبو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى:عليهما ضمان المسمى في الصداق ، لأنهما فوتا عليه نكاحاً وجب عليه به عوض، فكان عليهما ضمان ما وجب به ، كما لو شهدا بذلك قبل الدخول .

وقال الشافعي : يلزمهما له مهر المثل ، لأنهما أتلفا البضع عليه ، وقد سبق الكلام معه في هـذا ، ولا يصح القياس على ماقبل الدخول ، لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط ، وهاهنا قد تقرر المهر كله بالدخول ، فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوماً ، فأشبه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها، أو أخرجته هي بردتها.

٨٤٩٠ (فصـــــل)

وإن شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت. فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرما شيئاً ، لأنهما لم يفوتا عليهما شيئاً ، وإن دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فـلا شيء عليهما ، لأنها أخذت عوض مافوتاه عليها ، وإن كان دونه فعليهما ما بينهما ، وإن لم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها ، لأنه عوض ما فوتاه عليها .

٨٤٩١ (فصـــــل)

وإن شهدا بكتابة عبده ثم رجعـا نظرت ، فإن عجز ورُدَّ في الرق فلا شيء عليهما ، فإن أدى وعتق

فعليهما ضمان جميعه ، لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما . ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته ، والأول أولى ، لأن ماقبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه ، وإن أراد تغريمهما بشهادتها . ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال ، فينبغي أن يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبا . وإن شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا ، فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها ، وإن عتقت بموته رجع الورثة بما بقي من قيمتها .

٨٤٩٢ (فصـــل)

وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، وجب أن يوزع بينهم على عددهم ، قلوا أو كثروا . قال أحمد في رواية إسحاق بن منصور : إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالاً فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة. فإن كانوا اثنين فعليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث. وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر ، وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعاً ، وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد. فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال : عمدنا قتله فعليه القصاص ، وإن قال : أخطأنا فعليه ربع الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية .

وإن شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ، ثم رجع واحد ، فعليه القصاص أو سدس الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية . وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أبو حنيفة : إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما ، لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون ، وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية ، وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية ، وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها ، وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها . ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبي حنيفة .

واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو إسحاق : لا قصاص عليه ، لأن بينة القصاص قائمة ، وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين ، وقال ابن الحداد : عليه القصاص ، وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً ، فإن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون ، وهذا دمه محقون ، وإنما أبيح دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين :

أحدهما : يضمن الثلث.

والثاني : لا شيء عليه.

ولنا : أن الإتلاف حصل بشهادتهم ، فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص ، كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ، ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته ، فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ، ولأنه أحد من حصل الإتلاف بشهادته فلزمه من الضمان

بقسطه كما لو رجع الجميع . ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنهُ إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة .

وقولهم : إن دمه غير محقون غير صحيح ، فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه . وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص ، كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلماً وأن الشهود شهدوا بالزور . والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح ، لأنه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ، ولأن كل واحد مؤاخذ بإقراره ولا يعتبر قول شريكه ، ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدها . وقال الآخر : أخطأنا ، وجب القصاص على المقر بالعمد .

٨٤٩٣ (فصــــل)

وإذا حكم الحاكم فى المال بشهادة رجل وامرأتين ، ثم رجعوا عن الشهادة ، توزع الضمان عليهم ، على الرجل نصفه ، وعلى كل امرأة ربعه . وإن رجع أحــدهم وحده فعليه من الضمان حصته . وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا ، فعلى الرجل السدس ، وعلى كل امرأة نصف السدس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، لأن كل امرأتين كرجل ، فالعشر كخمسة رجال. ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، لأن الرجل نصف البينة ، بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن ، فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً ، فإن رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع . وعند أبى حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شىء . وقد مضى الكلام معهم فى هذا .

٨٤٩٤ (فصــــل)

وإذا شهد أربعة بأربعمائة ، فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة ، وآخر عن مائتين ، والثالث عن ثلاثمائة ، والرابع عن أربعمائة ، فعلى كل واحد مما رجع عنه بقسطه . فعلى الأول : خمسة وعشرون ، وعلى الثانى : خمسون ، وعلى الثالث : خمسة وسبعون ، وعلى الرابع : مائة ، لأن كل واحد منهم مقر بأنه فوّت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه . ويقتضى مذهب أبى حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعمائة أكثر من خمسين خمسين ، لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة ،لأن المائتين التى رجعا عنهما قد بقى بها شاهدان .

٨٤٩٥ (فصــــل)

وإذا شهد أربعة بالزنا ، واثنان بالإحصان فرجم ، ثم رجعوا عن الشهادة ، فالضمان على جميعهم . وقال

أبو حنيفة : لا ضمان على شهود الإحصان ، لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل ، وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا . ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين .

ولنا : أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع ، كما لو شهدوا جميعهم بالزنا . وفي كيفية الضمان وجهان :

أحدهما : يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا ، لأن القتل حصل من جميعهم .

والثاني : على شهود الزنا النصف ، وعلى شهود الإحصان النصف ، لأنهم حزبان ، فلكل حزب نصف .

فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحصان ثم رجعوا .

فعلى الوجه الأول : على شاهدى الإحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث ، لأن على شاهدى الإحصان الثلث لشهادتهما به ، والثلث لشهادتهما بالزنا ، وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده .

وعلى الوجه الثاني : على شهود الإحصان ثلاثة أرباع الدية ، لأن عليهما النصف لشهادتهما بالإحصان ، ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا . ويحتمل أن لا يجب على شاهدى الإحصان إلا النصف ، لأن كل واحد منهما جنى جنايتين ، وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة ، فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم ، كما لو قتل اثنان واحداً ، جرحه أحدهما جرحاً والآخر جرحين .

٨٤٩٦ (فصــــل)

وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم ، وقيمة العبد مائتان ، فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا ، رجع السيد على الشاهدين بمائة ، لأنها تمام القيمة . وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان ، غرما للزوج مائة ، لأنهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها .

٨٤٩٧ (فصــــل)

وإذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه ، وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها ، فعلى شهود النكاح الضمان ، لأنهم ألزموه المسمى ، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف ، لأنهما قرراه ، وشاهدا النكاح أوجباه ، فقسم بين الأربعة أرباعاً . وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء ، لأنهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ، ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجباً .

٨٤٩٨ (فصل)

وإن شهد شاهدا فرع على شاهدى أصل ، فحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم رجع شاهدا الفرع ، فعليهما الضمان . لا أعلم بينهم فى ذلك خلافاً . وإن رجع شاهدا الأصل وحدهما ، لزمهما الضمان أيضاً ، وبه قال الشافعى ومحمد بن الحسن . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا ضمان عليهما ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدى الفرع ، بدليل أنهما جعلا شهادة شاهدى الأصل شهادة ، فلم يلزم شاهدى الأصل ضمان لعدم تعلق الحكم بشهادتهما .

ولنا : أن الحق ثبت بشهادة شاهدى الأصل ، بدليل اعتبار عدالتهما ، فإذا رجعا ضمنا كشاهدى الفرع .

٨٤٩٩ (فصل)

وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ، غرم جميع المال ، نص عليه أحمد فى رواية جماعة . وقال مالك والشافعى : يلزمه النصف ، لأنه أحد حجتى الدعوى ، فكان عليه النصف ، كما لو كانا شاهدين .

ولنا : أن الشاهد حجة الدعوى ، فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققه أن اليمين قول الخصم ، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم، فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم ، وبهذا ينفصل عما ذكروه . ولو سلمنا أنها حجة ، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر . قال أبو الخطاب : ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا قلنا : ترد اليمين على المدعى .

٨٥٠٠ (فصل)

وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا : عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا ، لأن القصاص يغنى عن تعزيرهم ، وإن كان فى مال عزروا وغرموا ، لأنهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهى شهادة الزور . ويحتمل أن لا يعزروا ، لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه فلا يشرع . وإن قالوا : أخطأنا لم يعزروا ، لأن الله تعالى قال : (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)[1] هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق فى الخطأ ، وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم .

٨٥٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان ، كانت دية اليد فى بيت المال ﴾ .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥

وجملته : أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين فى قطع أو قتل وأنفذ ذلك ، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما ، فلا ضمان على الشاهدين ، لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فإنهما اعترفا بكذبهما . ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام الذى تولى ذلك ، لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لأنه مخطىء وتجب الدية وفى محلها روايتان :

إحداهما : فى بيت المال ، لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم ، وخطأ الوكيل فى حق موكله عليه ، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته ، فإيجاب ضمان ما يخطىء فيه على عاقلته إجحاف بهم ، فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله فى بيت المال ، ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل .

والرواية الثانية : هى على عاقلته مخففة مؤجلة . لما روى أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء [1] ، فأرسل إليها ، فأجهضت ذا بطنها ، فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة ، فقال بعضهم : لا شىء عليك ، إنما أنت مؤدب ، وقال على : عليك الدية ، فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك يعنى قريشاً لأنهم عاقلة عمر ، ولو كانت فى بيت المال لم يقسمها على قومه ، ولأنه من خطئه فتحمله عاقلته كخطئه فى غير الحكومة . وللشافعى قولان كالروايتين .

فإذا قلنا : إن الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعداً ولا تحمل الكفارة ، لأن العاقلة لا تحمل الكفارة فى محل الوفاق كذا هنا وتكون الكفارة فى ماله .

وإذا قلنا : إنه فى بيت المال ، فينبغى أن يكون فيه القليل والكثير ، لأن جعله فى بيت المال لعلة أنه نائب عنهم ، وخطأ النائب على مستنيبه ، وهذا يدخل فيما يكثر خطؤه ، فجعل الضمان فى ماله يجحف به وإن قل لكثرة تكرره ، وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه . قال أصحابنا :

---

(١) هذه القصة أخرجها عبد الرزاق والبيهقى عن الحسن قال : أرسل عمر بن الخطاب إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فأنكر ذلك فأرسل إليها فقيل لها أجيبى عمر فقالت : ياويلها ما لها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق فزعت فضربها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها فصاح الصبى صيحتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب وصمت على، فأقبل على على فقال : ماتقول ؟ قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، أرى أن ديته عليك فإنك أنت أفزعتها وألقت ولدها فى سبيلك فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش يعنى يأخذ عقله من قريش لأنه أخطأ ه منتخب كنز العمال ج ٦ ص ١٤٩ (ف) .

وإن كان الولى استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم ، لأن الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه ، والولى يدعى أنه حقه .

فإن قيل : فإذا كان الولى استوفى حقه فينبغى أن يكون الضمان عليه ، كما لو حكم له بمال فقبضهُ ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفى دون الحاكم كذا ها هنا .

قلنا : ثمّ حصل فى يد المستوفى مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف ، وهاهنا لم يحصل فى يده شىء ، وإنما أتلف شيئاً بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا .

٨٥٠٢ (فصـــل)

وإن شهد بالزنا أربعة ، فزكاهم اثنان ، فرجم المشهود عليه ، ثم بان أن الشهود فسقة أو عبيـد أو بعضهم ، فلا ضمان على الشهود ، لأنهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقيناً ، والضمان على المزكين. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال القاضى : الضمان على الحاكم ، لأنه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على المزكين ، لأن شهادتهما شرط وليست الموجبة . وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل : الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا .

ولنا : أن المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله ، فلزمهما الضمان كشهود الزنا إذا رجعوا ، ولا ضمان على الحاكم ، لأنه أمكن إحالة الضمان على الشهود فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة . وقوله : إن شهادتهم شرط لا يصح ، لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان وإن لم يشهدوا بالسبب . وقد نص عليه أحمد .

وقول أبى الخطاب لا يصح ، لأن شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين ، فإنه تبين كذبهم ، وأنهم شهدوا بالزور ، وأما إن تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم ، لأن التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث ، فيلزمه الضمان ، كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم .

٨٥٠٣ - (فصـــل)

ولو جلد الإمام إنسانا بشهادة شهود ، ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد ، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر الضرب ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه .

ولنا : أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه ، كما لو قطعه أو قتله .

٨٥٠٤ (فصـــل)

ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ، ثم بان أنهما فاسقان أو كافران ، فإن الإمام ينقض حكمه ويرد

المال إن كان قائماً ، وعوضه إن كان تالفاً ، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره ، فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له . وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ، ويغرم الشهود المال . وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ، ولا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد . واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضاً . ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين ، وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين ، فنقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين ، فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها ، وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا[1]) وأمر بإشهاد العدول وقال (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[2]) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[3]) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة ، كما يجب نقضه لفوات الإسلام ، ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه . فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات .

إذا ثبت هذا : فإن أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ، ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق ، ولكن يسأل عن الشاهدين ، ولا تسمع على الفسق شهادة،لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد ، فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا : أنه معنى يتعلق الحكم به ، فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية . وقوله : لا يتعلق به حق أحد ، ممنوع ، فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده ، وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق ، فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبينة ، كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدّعه لنفسه ، ولأنه إذا لم تسمع البينة الفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه ، لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين إلا شهود المشهود عليه ، فإذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له ، فأما إن قامت البينة أنه حكم بشهادة والِدَين أو ولَدين أو عدوّين ، نظر في الحاكم الذي حكم بشهادتهما ، فإن كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه ، لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً ، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه ، لأن الحاكم به يعتقد بطلانه . والفرق بين المال والإتلاف أن المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه ، لأن كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه ، لأنه أخذه بغير إذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه ، أما الإتلاف فإنه لم يحصل به في يد المتلف شيء يرده ولم يمكن تضمينه ، لأنه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول : استوفيت حقي ، ولم يثبت خلاف دعواه ، ولم يمكن تضمين الشهود ، لأنهم يقولون : شهدنا بما علمنا ، وأخبرنا

---

(١) سورة الحجرات آية ٦ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سوره البقرة آية ٢٨٢

بما رأينا ، وسمعنا ، ولم نكتم شهادة الله تعالى التى لزمنا أداؤها ، ولم يثبت كذبهم ، فوجب إحالة الضمان على الحاكم ، لأنه حكم من غير وجود شرط الحكم ، ومكن من إتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه ، فوجب إحالة الضمان عليه .

٨٥٠٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال :﴿ وإذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، حلف مع شاهده وصار حراً ﴾

روى عن أحمد فى هذا روايتان :

إحداهما : أن العتق ثبت بشاهد ويمين ، وهو اختيار أبى بكر ، لأنه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ، ولأنه إتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالإتلاف بالفعل . وإفضاؤه إلى تكميل الأحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين ، بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء وينبنى عليها النسب الذى لا يثبت بشهادتهن .

والرواية الثانية : لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين ، لأنها ليست بمال ولا المقصود منها المال ، ويطلع عليها الرجال فى غالب الأحوال ، فأشبهت الحدود والقصاص ، والله أعلم .

٨٥٠٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن شهد بشهادة زور ، أدب وأقيم للناس فى المواضع التى يشتهر أنه شاهد زور ، إذا تحقق تعمده لذلك ﴾ .

وجملة ذلك : أن شهادة الزور من أكبر الكبائر ، قد نهى الله عنها فى كتابه مع نهيه عن الأوثان ، فقال تعالى (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) (١) وقد روى عن خريم (٢) بن فاتك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عدلت شهادة الزور الإشراك بالله » ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) (٣) رواه أبو داود ، وروى هذا عن ابن مسعود من قوله .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ : قلنا بلى يا رسول الله ،

(١) سورة الحج آية ٣٠

(٢) خريم بن فاتك : بضم الخاء المعجمة بعدها راء مهملة مفتوحة بعدها ياء ساكنة وميم ؛ صحابى وحديثه فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٧٤ ونصه عنه : « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً فقال : عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله ثلاث مرار ثم قرأ : فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ، حنفاء لله غير مشركين به » (ف)

(٣) سورة الحج آية ٣٠ .

قال : الإشراك بالله وعقوق الوالدين ، وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور . فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت » متفق عليه .

وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار »[1] .

فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمداً عزره وشهره فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وعبد الملك بن يعلى قاضى البصرة . وقال أبو حنيفة : لا يعزر ولا يشهر ، لأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار . وروى عنه الطحاوى أنه يشهر ، وأنكره المتأخرون .

ولنا : أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله ، كالسب والقذف ، ويخالف الظهار من وجهين :

أحدهما : أنه يختص بضرره .

والثانى : أنه أوجب كفارة شاقة هى أشد من التعزير ، ولأنه قول عمر رضى الله عنه ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً .

وإذا ثبت هذا : فإن تأديبه غير مقدور ، وإنما هو مفوض إلى رأى الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده ، وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ، ولا يزيد فى جلده على عشر جلدات . وقال الشافعى : لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود . وقال ابن أبى ليلى : يجلد خمسة وسبعين سوطاً ، وهو أحد قولى أبى يوسف . وقال الأوزاعى فى شاهدى الطلاق : يجلدان مائة مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا فى حد من حدود الله تعالى » متفق عليه .

وقال القاسم وسالم : يخفق سبع خفقات .

وقال شريح : يجلد أسواطاً .

فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف فى سوق إن كان من أهل السوق ، أو قبيلته إن كان من أهل

---

(١) شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يوجب الله له النار . أخرجه أبو نعيم فى الحلية والحاكم عن ابن عمر وابن ماجة ج ٢ ص ٦٧ (ف).

القبائل ، أو فى مسجده إن كان من أهل المساجد ، ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه . وهذا مذهب الشافعى .

وأتى الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه ، وعنده القاسم وسالم فقالا : سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال : هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ، ففعل ذلك به .

ولا يسخم وجهه ، ولا يركب ، ولا يكلف أن ينادى على نفسه .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه يجلد أربعين جلدة ، ويسخم وجهه ، ويطال حبسه » رواه الإمام أحمد .

وقال سوار : يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول : من رآنى فَلاَ يَشْهَدْ بِزُورٍ .

وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بحلق نصف رءوسهم ، وتسخيم وجوههم ، ويطاف بهم فى الأسواق والذى شهدوا له معهم .

ولنا : أن هذا مُثلة ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المثلة . وما روى عن عمر فقد روى عنه خلافه ، وأنه حبسه يوماً وخلى سبيله .

وفى الجملة ليس فى هذا تقدير شرعى ، فما فعل الحاكم مما يراه ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ، ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك ، إما بإقراره ، أو يشهد على رجل بفعل فى الشام فى وقت ويعلم أن المشهود عليه فى ذلك الوقت فى العراق ، أو يشهد بقتل رجل وهو حى ، أو أن هذه البهيمة فى يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك ، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً فى وقت وقد مات قبل ذلك الوقت ، أو لم يولد إلا بعده ، وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك .

فأما تعارض البينتين ، أو ظهور فسقه أو غلطه فى شهادته فلا يؤدب به ، لأن الفسق لا يمنع الصدق ، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعينها ، والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قال الله تعالى (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)[1] وقال النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2] .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥ .
(٢) سبق تخريجه (ف)

٨٥٠٧ (فصـــــــل)

ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور ، تبين أن الحكم كان باطلا ولزم نقضه ، لأنا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به . فإن كان المحكوم به مالاً رد إلى صاحبه ، وإن كان إتلافاً فعلى الشاهدين ضمانه ، لأنهما سبب إتلافه ، إلا أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له ، فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما ، وقد بينا حكم ذلك .

٨٥٠٨ (فصـــــــل)

فإذا تاب شاهد الزور ، وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته ، وتبين صدقه فيها وعدالته ، قبلت شهادته ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك : لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

ولنا : أنه تائب من ذنبه فقُبلت توبته كسائر التائبين .

وقوله : لا يؤمن منه ذلك .

قلنا : مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل سائر التائبين ، فإنه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها ، وشهادتهم مقبولة والله أعلم .

٨٥٠٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال: ﴿ وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم ، فزاد فيها أو نقص ، قُبلت منه ما لم يحكم بشهادته ﴾ .

وهذا مثل أن يشهد بمائة ثم يقول : هي مائة وخمسون ، أو يقول : بل هي تسعون ، فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً ، وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي وإسحاق . وقال الزهري : لا تقبل شهادته الأولى ولا الآخرة ، لأن كل واحدة منهما ترد الأخرى وتعارضها ، ولأن الأولى مرجوع عنها ، والثانية غير موثوق بها ، لأنها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ، أن يكون في الغلط كالأولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه ، لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم ، فلم يقبل رجوعه عنها ، كما لو اتصل بها الحكم .

ولنا : أن شهادته الآخرة من عدل غير متهم لم يرجع عنها، فوجب الحكم بها : كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الأولى ، لأنها قد بطلت برجوعه عنها ، ولا يجوز الحكم بها ، لأنها شرط الحكم ، فيعتبر استمرارها إلى انقضائه . ويفارق رجوعه بعد الحكم ، لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه ، فلا ينقض بعد تمامه .

٨٥١٠ (فصـــــل)

وإن شهد بألف ثم قال قبل الحـكم : قضاه منه خمسمائة ، فسدت شهادته . ذكره أبو الخطاب فقال : إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال أحدهما : قضاه منه خمسمائة ، بطلت شهادته ، وذلك أنه شهد بأن الألف جميعه عليه وإذا قضاه خمسمائة لم تـكن الألف كله عليه ، فيـكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته ، وفارق هذا مالو شهد بألف ثم قال : بل بخمسمائة ، لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بغلط نفسه ، وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع ، والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة ، فإنه قال : إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحـكم : قضاه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة ، فصحح شهادته فى نصف الألف الباقى وأبطلها فى النصف الذى ذكر أنه قضاه ، لأن ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به ، فأشبه مالو قال : أشهد بألف بل بخمسمائة .

قال أحمد : ولو جاء بعد هذا المجلس فقال : أشهد أنه قضاه منه خمسمائة ، لم يقبل منه ، لأنه قد أمضى الشهادة ، فهذا يحتمل أنه أراد به أنه إذا جاء بعد الحـكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه ، لأن الألف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ، ولا تقبل شهادته بالقضاء ، لأنه لا يثبت بشاهد واحد . فأما إن شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال : قضاه منه خمسمائة ، قُبلت شهادته فى باقى الألف وجهاً واحداً ، لأنه لا تناقض فى كلامه ولا اختلاف .

٨٥١١ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا شهد شاهد بألف ، وآخر بخمسمائة ، حكم لمدّعى الألف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الأخرى إن أحب ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشىء ، وشهد الآخر ببعضه ، صحت الشهادة ، وثبت ما اتفقا عليه وحكم به ، وهذا قول شريح ومالك والشافعى وابن أبى ليلى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق وأبى عبيـد . وحكى عن الشعبى أنه شهد عنده رجلان ، شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة ، وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين ، فقال : قد اختلفتما قوما . وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة ، لأن الإقرار بالألف غير الإقرار بالألفين ، فلم يشهد بكل إقرار إلا واحد .

ولنـا : أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحـكم به ، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه ، وما ذكره من أن كل إقرار إنما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهـد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهـد الآخر أنه أقر بألف عشيًا ، فإن الشهادة تـكمل ، مع أن كل إقرار إنما يشهد به واحد ، فأما ما انفرد به أحدهما فإن للمدعى

أن يحلف معه ويستحق ، وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين ، وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات . فأما إن اختلفت ، مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض ، وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ، ويشهد شاهد بألف بيض ، وآخر بخمسمائة سود ، أو يشهد شاهد بألف دينار ، والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ، ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به .

٨٥١٢ (فصل)

فإن شهد له شاهدان بألف ، وشاهدان بخمسمائة ، ولم تختلف الأسباب والصفات ، دخلت الخمسمائة فى الألف ، ووجب له بالشهادتين مائة . وإن اختلفت الأسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما فى الآخر لأنهما مختلفان .

٨٥١٣ (فصل)

وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف ، وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة ، لم تكمل البينة لاختلافهما فى صفة البيع ، وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه . وإن شهد له بكل عقد شاهدان ، ثبت البيعان . وإن أضافا البيع إلى وقت واحد ، مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف ، وشهد الآخر أنه باعه مع الزوال بخمسمائة ، تعارضت البينتان وسقطتا ، لأنه لا يمكن اجتماعهما ، وكل بينة تكذب الأخرى . وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد ، كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان ، لأن التعارض إنما يكون بين البينتين الكاملتين .

٨٥١٤ (فصل)

وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان ، وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان ، وله أن يحلف مع الآخر على درهم ، لأنهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم ، فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة . وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان ، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ، ثبت له درهمان ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : له ثلاثة ، لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما ، كما يؤخذ بالزيادة فى الأخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألفان . قال القاضى : ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة .

ولنا : أن من شهد أن قيمته درهمان ينفى أن تكون قيمته ثلاثة ، فقد تعارضت البينتان فى الدرهم ، وتخالف الزيادة فى الأخبار ، فإن من يروى الناقص لا ينفى الزيادة ، وكذلك من شهد بألف لا ينفى أن عليه ألفاً آخر .

فإن قيل : فلِم قلتم إنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا ، وإن شهد واحد لم تتعارضا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها .

قلنا : لأن الشاهدين حجة وبينة ، فإذا كانت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما ، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده ، وإنما يصير حجة مع اليمين ، فإذا حلف مع أحدهما كانت الحجة بيمينه ، ولم يعارضها ما ليس بحجة ، كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد .

٨٥١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ادّعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك وقال : كنت أُنسيتها ، قبلت منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ، ثم شهد بها وقال : كنت أنسيتها، قبلت ولم ترد شهادته ، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، وإذا كان ناسياً لها فلا شهادة عنده فلا نكذبه مع إمكان صدقه . ولا يشبه هذا إذا ما قال : لا بينة لى ثم أتى ببينة حيث لا تسمع ، فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البينة ، والإنسان يؤاخذ بإقراره ، وقول الشاهد لا شهادة عندى ليس بإقرار ، فإن الشهادة ليست له إنما هى حق عليه فيكون منكراً لها، فإذا اعترف بها كان إقراراً بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار ، ولأن الناسى للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق فى إنكاره ، فإذا ذكرها صارت عنده ، فلا تنافى بين القولين ، وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ثم استشهد بعد ذلك ، فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها .

٨٥١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ومن شهد بشهادة يجرّ إلى نفسه بعضها ، بطلت شهادته فى الكل﴾.

وجملته : أن من شهد بشهادة له بعضها ، مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة ، أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو ، فإن شهادته تبطل فى الكل . وقال الشافعى : فيها قولان :

أحدهما : كقولنا .

والثانى : تصح شهادته لغيره لأنه أجنبى فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك .

ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا فى عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم ، فادعى أنهم قبضوها منهُ ، فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً ، فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فإن شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذا من المال .

ولنا : أنها شهادة رد بعضها للتهمة فترد جميعها ، كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ، ولو شهد بدَين لأبيه وأجنبي ، أو شهد بشهادة ترد فى بعض ما شهد به بطلت كلها .

٨٥١٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا مات رجل وخلف ابناً وألف درهم ، فادّعى رجل على الميت ألف درهم وصدّقه الأب ، وادّعى آخر مثل ذلك وصدّقه الابن ، فإن كان فى مجلس واحد كان الألف بينهما ، وإن كان فى مجلسين كان الألف للأول ولا شىء للثانى ﴾ .

وجملته : أن الميت إذا خلف وارثاً وتركة ، فأقر الوارث لرجل بدَين على الميت يستغرق ميراثه ، فقد أقر بتعلق دَينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها ، فإذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت ، فإن كان فى المجلس صح الإقرار واشتركا فى التركة ، لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض ، فما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ فى البيع ولحوق الزيادة فى العقد فكذلك فى الإقرار ، وإن كان فى مجلس آخر لم يقبل إقراره ، لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضى مشاركة الأول فى التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ، ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره ، وقال الشافعى : يقبل إقراره ويشتركان فيها ، لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث ، ولأن منعه من الإقرار يفضى إلى اسقاط حق الغرماء ، فإنه قد لا يتفق حضورهم فى مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ، ولأن من قبِل إقراره أولا قبل إقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالموروث .

ولنا : أنه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل ، كإقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجانى ، وأما الموروث فإن أقر فى صحته صح ، لأن الدَّين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته ، وإن أقر فى مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك ، وإن أقر فى مرضه لغريم يستغرق دَينه تركته ثم أقر لآخر فى مجلس آخر صح وشارك الأول . والفرق بينه وبين الوارث أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف فى ماله ولا أن يتعلق به دَين آخر بأن يستدينَ دَيناً آخر ، فلم يمنع ذلك تعلق الدَّين بتركته بالإقرار ، بخلاف الوارث ، فإنه لا يملك أن يعلق بالتركة دَيناً آخر بفعله ، فلا يملكه بقوله ، ولا يملك التصرف فى التركة ما لم يلتزم قضاء الدَّين .

٨٥١٨ (فصـــــل)

وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ، ثم أقر به لغيره ، فهو للأول ولا شىء للثانى فيه ، سواء كان فى مجلس أو مجلسين ، لأنه باعترافهِ للأول ثبت له الملك فيهِ ، فصار إقراره للثانى إقراراً له بملك غيره فلم يقبل ، وتلزم المقر غرامته للثانى ، لأنه فوّته عليه بإقراره به لغيره ، فأشبه ما لو غصبه منه فدفعه إلى غيره .

٨٥١٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن ادّعى دعوى على مريض ، فأومأ برأسه : أى نعم ، لم يحكم بها حتى يقول بلسانه ﴾ .

وجملته : أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه ، وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه ، وبهذا قال الثورى ، وقال الشافعى : يقبل إقراره بإشارته إذا كان عاجزاً عن الكلام ، لأنه إقرار بالإشارة من عاجز عن الكلام فأشبه إقرار الأخرس .

ولنا : أنه غير مأيوس من نطقه ، فلم تقم إشارته مقام نطقه كالصحيح . وبهذا فارق الأخرس ، فإنه مأيوس من نطقه ، ولهذا لو ارتج عليه فى الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الأخرس. والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع إمكانه فى العدة ، ولأن عجزه عن النطق غير متحقق ؛ فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه . وإن صار إلى حال يتحقق الإياس من نطقه لم يوثق بإشارته لأن المرض الذى أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه ، فيجوز أن يكون أثر فى عقله أو فى سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الأخرس . ولأن الأخرس قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومماثلة النطق، وهذا لم تتكرر إشارته ، فلعله لم يرد الإقرار إنما أراد الإنكار أو إسكات من يسأله ، ومع هذه الفروق لا يصح القياس .

٨٥٢٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن ادعى دعوى وقال : لا بينة لى ، ثم أتى بعد ذلك ببينة ، لم تقبل لأنه مكذب لبينته ﴾ .

وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو يوسف وابن المنذر : تقبل ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه يجوز أن ينسى ، أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم ، فلا يثبت بذلك أنه أكذب بينته . وقال بعض أصحاب الشافعى : وإن كان الإشهاد أمراً تولاه بنفسه لم تسمع بينته ، لأنه أكذبها . وإن كان وكيله أشهد على المدعى عليه ، أو شهد من غير علمه ، أو من غير أن يشهدهم سمعت بينته ، لأنه معذور فى نفيه إياها ، وهذا القول حسن .

ولنا : أنه أكذب بينته بإقراره أنه لا يشهد له أحد ، فإذا شهد له إنسان كان تكذيباً له ، ويفارق الشاهد إذا قال : لا شهادة عندى ثم قال : كنت نسيتها ، لأن ذلك إقرار لغيره بعد الإنكار ، وهاهنا هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه . والحكم فيما إذا قال : كل بينة لى زور كالحكم فيما إذا قال: لا بينة لى على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

٨٥٢١ (فصـــل)

وإن قال : ما أعلم لى بينة، ثم أتى بينة سمعت ، لأنه يجوز أن تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها . قال أبو الخطاب : ولو قال : ما أعلم لى بينة ، فقال شاهدان : نحن نشهد لك سمعت بينته .

٨٥٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا شهد الوصى على من هو موصى عليهم قبلت شهادته ، وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا فى حجره ﴾ .

أما شهادته عليهم فمقبولة لا نعلم فيه خلافاً ، فإنه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ، ولا يدفع عنهم بها ضرراً ، وأما شهادته لهم إذا كانوا فى حجره فغير مقبولة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم الشعبى والثورى ومالك والشافعى والأوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى . وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره ، لأنه أجنبى منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية .

ولنا : أنه شهد بشىء هو خصم فيه ، فإنه الذى يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته ، كما لو شهد بمال نفسه ، ولأنه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهماً فى الشهادة به . فأما قوله : إذا كانوا فى حجره ، فإنه يعنى أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذى منع قبولها . والحكم فى أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم فى الوصى سواء .

٨٥٢٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا شهد من يُخنق فى الأحيان قبلت شهادته فى إفاقته ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وممن حفظنا عنه ذلك مالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور . ولا أحسبه إلا مذهب أهل الكوفة ، وذلك لأن الاعتبار فى الشهادة بحال أدائها ، وهو فى وقت الأداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبى إذا كبر ؛ ولأنه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح . وزوال عقله فى غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذى ينام ، والمريض الذى يغمى عليه فى بعض الأحيان .

٨٥٢٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وتقبل شهادة الطبيب فى الموضحة إذا لم يقدر على طبيبين ، وكذلك البيطار فى داء الدابة ﴾ .

وجملته : أنه إذا اختلف فى الشجة هل هى موضحة أولا ؟ أو فيما كان أكثر منها كالهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة ؟ أو أصغر منها كالباضعة والمتلاحمة والسمحاق ، أو فى الجائفة وغيرها من الجراح التى لا يعرفها

إلا الأطباء ؟ أو اختلفا فى داء يختص بمعرفته الأطباء ، أو فى داء الدابة ؟ فظاهر كلام الخرقى : أنه إذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء واحد . لأنه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق، فإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد ، لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به . لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد ، بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة، فقبول قول الرجل الواحد أولى .

٨٥٢٥ (فصـــــــل)

قال أحمد رحمه الله : إذا قال : اشهَدْ على مائةٍ درهم ومائة درهم ، فشهد على مائةٍ دون مائة كره إلا أن يقول: أشهدونى[1] على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان، وقال أحمد : إذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين ، فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لى على مائة لم يشهد إلا بألف .قال القاضى: وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد . قال الله تعالى (ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا)[2] ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه ، لساغ للقاضى أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد .

وقال أبو الخطاب · عندى يجوز أن يشهد بذلك ، لأن من شهد بألف فقد شهد بمائة ، فإذا شهد بمائة لم يكن كاذباً فى شهادته ، فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى ، والأول أصح لما ذكره القاضى ، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التى شهدت بأصله ، فيؤدى إلى إيجابها عليه مرتين .

٨٥٢٦ ﴿ فصـــــــل ﴾

قال أحمد : إذا شهد بألف درهم ومائة دينار ، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . قال القاضى : لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك ، جاز أن تحمل الشهادة عليه ، والله أعلم .

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ١٦١ والفقى ج ٩ ص ٢٧١ « اشهدو لى » والصـــواب (أشهدونى) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٠ وفيه تكررت مائة ثلاث مرات بدلا من ثنتين هنا (ف)

(٢) سورة المائدة آية ١٠٨.

كتاب الدعاوى والبينات

الدعوى فى اللغة : إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكا أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك .

وهى فى الشرع : إضافته إلى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته .

والمدّعَى عليه من يضاف إليه استحقاق شىء عليه . وقال ابن عقيل : الدعوى الطلب . قال الله تعالى : (وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ)[1] وقيل: المدّعِى :من يلتمس بقوله أخذ شىء من يد غيره ، أو إثبات حق فى ذمته. والمدّعَى عليه : من ينكر ذلك .

وقيل : المدّعِى : من إذا ترك لم يسكت ، والمدّعَى عليه : من إذا ترك سكت . وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدّعى عليه بأن يختلفا فى العقد ، فيدعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه .

والأصل فى الدعوى قول النبى صلى الله عليه وسلم «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدّعى عليه » رواه مسلم[2] وفى حديث « البينة على المدّعِى ، واليمين على المدّعَى عليه »[3] ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف .

٨٥٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله: ﴿ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بينة فرّق بينهما ولم يحلف﴾.

وجملته : أن النكاح لا يستحلف فيه ،رواية واحدة، ذكره القاضى. وهو قول أبى حنيفة ، ويتخرج أن يستحلف فى كل حق لآدمى ، وهو قول الشافعى وابن المنذر ، ونحوه قول أبى يوسف ومحمد ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدّعى عليه » ولأنه حق لآدمى فيستحلف فيه كالمال ، ثم اختلفوا ، فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف فى النكاح ، فإن نكل ألزم النكاح . وقال الشافعى : إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح .

ولنا : أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد . يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى كالحدود، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية ، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين ، أو للجهل بحقيقة الحال ، أو للحياء من الحلف والتبذل فى مجلس الحاكم . ومع

---

(١) سورة يس آية ٥٧

(٢) ورواه أيضاً البخارى فى التفسير ج ٦ ص ٤٣ وابن ماجة ج ٢ ص ٥٢ عن ابن عباس والنسائى كذلك ج ٨ ص ٢٤٨ (ف) .

(٣) أخرجه الترمذى ج ١ ص ٢٥١ وفيه مقال (ف)

هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له . ويمين المدعى إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وإثم كبير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه .

وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود ، فالنكاح في معناه ، بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود ، لكون الشهادة شرطاً في انعقاده ، أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة ، والحدود بخلاف ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها . وإن قلنا : إنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت ، لم يقض بالنكول ، وتحبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف ، وفي الآخر يخلى سبيلها ، وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعى محقاً ، أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلا .

٨٥٢٨ (فصـل)

وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج إلى ذكر شرائط النكاح ، فيقول : تزوجتها بولي مرشد وشاهدى عدل ورضاها إن كانت ممن يعتبر رضاها . وهذا منصوص الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج إلى ذكر شرائطه ، لأنه نوع ملك فأشبه ملك العبد ، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول : وليست معتدة ولا مرتدة؟

ولنا : أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح ، فمنهم من يشترط الولي والشهود ، ومنهم من لا يشترط ، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه . وقد يدعى نكاحاً يعتقده صحيحاً والحاكم لا يرى صحته ، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها ، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها . وتفارق المال ، فإن أسبابه تنحصر ، وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه ، والعقود تكثر شروطها . ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطاً سبعة ، وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها . والأموال مما يتساهل فيها ، ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقوده فافترقا في الدعوى .

وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والأصل عدمها ، ولا تختلف به الأغراض . فإن كانت المرأة أمة والزوج حراً ، فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول وخوف العنت ، لأنهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما إن ادعى استدامة الزوجية ولم يدّع العقد ، لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين ، لأنه يثبت بالاستفاضة . ولو اشترط ذكر الشروط لا شترطت الشهادة به ، ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة . وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط لأنه دعوى نكاح فأشبه دعوى العقد .

٨٥٢٩ (فصـــــل)

وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها ، وذكرت معه حقا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة

ونحوها ، سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تدعى حقًا لها تضيفه إلى سببه فتسمع دعواها ، كما لو ادّعت ملكا أضافته إلى الشراء . وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضى : تسمع دعواها أيضاً ، لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع ، وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه ، لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقًا لغيرها . فإن قلنا بالأول سئل الزوج ، فإن أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين ، لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها ، فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى . ويحتمل أن يستحلف ، لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين . وإن قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها . فأما إباحتها له فتنبنى على باطن الأمر ، فإن علم أنها زوجته حلت له ، لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق ، وإن علم أنها ليست امرأته ، إما لعدم العقد أو لبينونتها منه ، لم تحل له . وهل يمكّن منها فى الظاهر ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يمكّن منها ، لأن الحاكم قد حكم بالزوجية .

والثانى : لا يمكّن منها لإقراره على نفسه بتحريمها عليه ، فيقبل قوله فى حق نفسه دون ما عليه ، كما لو تزوج امرأة ثم قال : هى أختى من الرضاعة . فإذا ثبت هذا فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد . ومذهب الشافعى قريب مما ذكرنا فى هذا الفصل .

٨٥٣٠ (فصـــــل)

فأما سائر العقود غير النكاح ، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها ، فلا يفتقر إلى الكشف . وذكر الشروط فى أصح الوجهين لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولى والشهود فلم تفتقر إلى الكشف كدعوى العين ، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها ، لأنها مبيع فأشبهت الجارية . وكذلك إذا كان المدعى عيناً أو دَيناً لم يحتج إلى ذكر السبب ، لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر ، وربما خفى على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ، ويكفيه أن يقول : أستحق هذه العين التى فى يده ، أو أستحق كذا كذا فى ذمته . ويقول فى البيع : إنى اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم ، أو بعتها منه بذلك ، ولا يحتاج أن يقول : وهى ملكه ، أو وهى ملكى ونحن[1] جائز الأمر وتفرقنا عن تراض .

وذكر أبو الخطاب فى العقود وجهاً آخر ، أنه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح . وذكر أصحاب الشافعى هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً ، أنه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع ، لأنه

(١) هكذا فى نسخ المغنى والمراد (ونحن جائز تصرفنا) يعنى ممن لهم حق التصرف ، ويملكون أمر أنفسهم ولا حجر عليهم (ف).

عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح ، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك ، والأول أولى ، لأنها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين ، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سأله الحاكم عنه ، لتصير الدعوى معلومة ، فيمكن الحاكم الحكم بها . وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن إعادته هاهنا .

٨٥٣١ (مسـألة)

قال { ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكر ، وأقام كل واحد منهما بينة ، حكم بها للمدعي ببينته ، ولم يلتفت إلى بينة المدعَى عليه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بسماع بينة المدعِي ويمين المدعَى عليه ، وسواء شهدت بينة المدعَى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه } .

وجملة ذلك : أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة ، فإن بينة المدعِي تسمى بينة الخارج وبينة المدعَى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا ، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعِي ولا تسمع بينة المدعَى عليه بحال ، وهذا قول إسحاق . وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك ، وقالت نتجت في ملكه ، أو اشتراها ، أو نسجها ، أو كانت بينته أقدم تاريخاً قدّمت وإلا قدمت بينة المدعي ، وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه . فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته ، لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد ، وقد روى جابر بن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم اختصم[1] إليه رجلان في دابة أو بعير ، فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده » .

وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ، أن بينة المدعَى عليه تقدّم بكل حال ، وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأبي عبيد ، وقال : هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى عن طاوس ، وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال : لا تقبل بينة الداخل إذا لم تفد إلا ما أفادته يده رواية واحدة ، واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنبة المدعَى عليه أقوى ، لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعِي ، فإذا تعارضت البينتان وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما . وحديث جابر يدل على هذا ، فإنه إنما قدمت بينته ليده .

---

(١) أخرجه البيهقي والدارقطني من حديث جابر ولفظه ج ٤ ص ٢٠٩ « عن جابر أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة فقال كل واحد منهما : نتجت هـذه الناقة عندي وأقام بينة ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده » وفي سنده يزيد بن نعيم . قال ابن القطان : لا يعرف حاله . وقال الحافظ في التلخيص : إسناده ضعيف (ف) .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم «البينة على المدَّعى ،واليمين على المدَّعَى عليه» فجعل جنس البينة فى جنبة المدعى فلا يبقى فى جنبة المدعَى عليه بينة ، ولأن بينة المدعى أ كثر فائدة، فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل . ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن ، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعى كما تقدم على اليد ، كما أن شاهدى الفرع لما كانا مبنيين على شاهدى الأصل لم تكن لهما مزية عليهما .

٨٥٣٢ (فصـــــل)

وأى البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها . وقال الشافعى فى أحد قوليه : يستحلف صاحب اليد ، لأن البينتين سقطتا بتعارضهما ، فصارا كمن لا بينة لهما ، فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة .

ولنا : أن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة ، كما لو تعارض خبران خاص وعام ، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط ، وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة .

٨٥٣٣ (فصـــــل)

فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت ، فإن كانت البينة للمدعى وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف فى المذهب ، وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار ، منهم الزهرى وأبو حنيفة ومالك والشافعى . وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعى والشعبي وابن أبى ليلى : يستحلف الرجل مع بينته . قال شريح لرجل : لو أثبت عندى كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمي « بينتك أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة إحدى حجتى الدعوى فيكتفى بهـا كاليمين .

قال أصحابنا : ولا فرق بين الحاضر والغائب ، والحى والميت ، والصغير والكبير ، والمجنون والمكلف .

وقال الشافعى : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له ، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه فى دعوى القضاء والإبراء ، فيقوم الحاكم مقامه فى ذلك لتزول الشبهة ، وهذا حسن ، فإن قيام البينة للمدعى بثبوت حقه لا ينفى احتمال القضاء والإبراء ، بدليل أن المدعَى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته ؛ فإن كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفى احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه . وإن لم تكن للمدعى

بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها ، لأنا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بينة المدعَى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين ، لأنها أقوى من اليمين ، فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى . ويحتمل أن تشرع اليمين أيضاً لأن البينة هاهنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف ، وذلك لا يغنى عن اليمين فكذلك ما قام مقامه .

٨٥٣٤ (فصـــل)

وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه ، وأنه أودعها للداخل ، أو أعاره إياها ، أو آجرها منه ، ولم يكن لواحد منهما بينة ، فالقول قول المنكر مع يمينه ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان لكل واحد منهما بينة ، فبينة الخارج مقدمة ، وهذا قول الشافعي .

وقال القاضي : بينة الداخل مقدمة ، لأنه هو الخارج في المعنى ، لأنه ثبت أن المدعى صاحب اليد ، وأن يد الداخل نائبة عنه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » ولأن اليمين فى حق المدعَى عليه ، فتكون البينة للمدعى كما لو لم يدّع الإيداع . يحققه أن دعواه الإيداع زيادة فى حجته ، وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطلة لبينته . وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها ، وأقاما بينتين ، فهى للخارج ، ويقتضى قول القاضى أنها للداخل ، والأولى ما ذكرناه .

٨٥٣٥ (فصـــل)

فإن كان فى يد رجل جلد شاة مسلوخة ، ورأسها وسواقطها وباقيها فى يد آخر ، فادعاها كل واحد منهما كلها ، ولا بينة لواحد منهما ، فلكل واحد منهما ما فى يده مع يمينه ، وإن أقاما بينتين ، وقلنا : تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما ما فى يد صاحبه ، وإن قلنا : تقدم بينة الداخل ، فلكل واحد منهما ما فى يده من غير يمين .

٨٥٣٦ (فصـــل)

فإن كان فى يد كل واحد منهما شاة ، فادعى كل واحد منهما أن الشاة التى فى يد صاحبه له ، ولا بينة لهما ، حلف كل واحد منهما لصاحبه ، وكانت الشاة التى فى يده له . وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التى فى يد صاحبه ولا تعارض بينهما . وإن كان كل واحد منهما قال : هذه الشاة التى فى يدك لى من نتاج شاتى هذه ، فالتعارض فى النتاج لا فى الملك ، إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى ، والحكم على ما تقدم . وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لى دون صاحبى ، وأقاما بينتين تعارضتا ،

وانبنى ذلك على القول فى بينة الداخل والخارج ، فمن قدّم بينة الخارج جعل لـكل واحد منهما ما فى يد الآخر ، ومن قدّم بينة الداخل ، أو قدمها إذا شهدت بالنتاج ، جعل لـكل واحد منهما ما فى يده .

٨٥٣٧ (فصـــــل)

وإذا ادعى زيد شاة فى يد عمرو ، وأقام بها بينة ، فحـكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد ، وأقام بها بينة . فإن قلنا : بينة الخارج مقدّمة لم تسمع بينة عمرو ، لأن بينة زيد مقدمة عليها ، وإن قلنا : بينة الداخل مقدمة نظرنا فى الحـكم كيف وقع ، فإن كان حكم بها لزيد لأن عمراً لا بينة له ردت إلى عمرو ، لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له ، وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه ، لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه ، وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحـكم أيضاً ، لأن الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل ، وإن لم يعلم الحـكم كيف كان لم ينقض ، لأن حكم الحاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال . فإن جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة ، فبينته وبينة زيد متعارضتان ، ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته ، لأنها قد شهدت مرة وهما سواء فى الشهادة حال التنازع ، فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ، ووقف الحـكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فإنها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا هاهنا .

٨٥٣٨ (فصـــــل)

وإذا كان فى يد رجل شاة ، فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة ، وادعى الذى هى فى يده أنها فى يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة ، فهى للمدعى بغير خلاف ، لأن بينته تشهد له بالملك ، وبينة الداخل تشهد باليد خاصة ، فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما ، بأن تـكون اليد على غير ملك ، فـكانت بينة الملك أولى . فإن شهدت بينة بأنها ملـكه منذ سنتين ، فقد تعارض ترجيحان ، تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل ، وكون الأخرى بينة الخارج ، ففيه روايتان :

إحداهما : تقدم بينة الخارج ، وهو قول أبى يوسف ومحمد وأبى ثور ، ويقتضيه عموم كلام الخرقى ، لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد ، فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد ، أشبهت الصورة التى قبلها .

والثانية : تقدم بينة الداخل ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، لأنها تضمنت زيادة ، فإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملـكها منذ سنة ، وشهدت بينة الخارج أنه يملـكها منذ سنتين ، قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التى تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان ، بناء على الروايتين فى التى قبلها . وظاهر مذهب الشافعى تقديم بينة الداخل على كل حال ، وقال بعضهم فيها قولان .

وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة ، وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بينة ، قدمت بينة الداخل . ذكره القاضي ، وهو قول أبي ثور . فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج ، أو بشراء ، أو غنيمة ، أو إرث ، أو هبة من مالك ، أو قطيعة من الإمام ، أو سبب من أسباب الملك ، ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما . وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضى له بها ، لأن بينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على البينة الأخرى ، فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل .

٨٥٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولو كانت الدابة في أيديهما ، فأقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنها له نتجت في ملكه ، سقطت البينتان ، وكانا كمن لا بينة لهما ، وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به ﴾ .

وجملته : أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما ، فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة ، حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين ، لا نعلم في هذا خلافاً ، لأن يد كل واحد منهما على نصفها ، والقول قول صاحب اليد مع يمينه . وإن نكلا جميعاً عن اليمين ، فهي بينهما أيضاً ، لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله . وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها ، لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد صاحبه إما بنكوله وإما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه . وإن كانت لإحداهما بينة دون الآخر حكم له بها ، لا نعلم في هذا خلافاً .

وإن أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البينتان وقسمت العين بينهما نصفين ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى رضي الله عنه « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير ، فأقام كل واحد منهما شاهدين ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبعير بينهما نصفين[1] » رواه أبو داود . ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها ، فتقدم بينة

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٢٧٩ عن أبي موسى الأشعري ولفظه « أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وقبل هذا الحديث وفي ص ٢٧٨ روى أبو داود عن أبي موسى أيضاً حديثاً نصه « أن رجلين ادعيا بعيراً أو دابة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ليست لواحد منهما بينة ، فجعله النبي صلى الله عليه سلم بينهما » وهذا الحديث أخرجه النسائي ج ٨ ص ٢٤٨ وابن ماجة ج ٢ ص ٥٤ ويشبه أن يكون هذا البعير أو الدابة كان في أيديهما معاً أو في يد غيرهما حتى لا يترجح أحد الجانبين باليد . قاله السندي في تعليقه على ابن ماجة . بقي أن نقول هل هذه الرواية =

كل واحد منهما فيما فى يده عند من يقدم بينة الداخل ، وفيما فى يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين .

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها ، وكانت العين له ، كما لو كانت فى يد غيرهما ، والأول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية ، هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به ، أو يكون له من غير يمين ؟

فروى أنه يحلف ، وهذا ذكره الخرقى ، لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطها كالخبرين إذا تعارضا وتساويا ، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينه لهما ، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به ، وهذا أحد قولى الشافعى ، بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته ، وكل واحد منهما داخل فى نصفها فيحكم له به ببينته ، ويحلف معها فى أحد القولين .

والرواية الأخرى : أن العين تقسم بينهما من غير يمين ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وهو أصح للخبر والمعنى الذى ذكرناه ، ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين ، لأن كل بينة راجحة فى نصف العين على كل واحد من القولين . وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين .

فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا ، وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر نتجت فى ملكه ، فقد ذكرنا فى الترجيح بهذا روايتين :

إحداهما : لا يرجح به ، وهو اختيار الخرقى ، لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن ، فوجب تساويهما فى الحكم .

والثانية : تقدم ببينة النتاج وما فى معناه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب ، والأخرى خفى عليها ذلك ، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف ، فتقدم الأولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل ، وهذا قول القاضى فيما إذا كانت العين فى يد غيرهما :

٨٥٤٠ (فصل)

فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة ، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين ، فظاهر كلام الخرقى

= والرواية التى قبلها فى قصة واحدة أو فى قصتين ، إن كان فى قصتين فالأمر واضح ، وإن كان فى قصة واحدة فلنا إن الشهادات لما تعارضت تساقطت فصارا كمن لا بينة له . انظر تمام ذلك فى معالم السنن للخطابى وتهذيب ابن قيم الجوزية ج ٥ ص ٢٣٢ وسنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٠ (ف) .

التسوية بينهما ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال القاضى : قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخاً ، وهو قول أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى ، لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى فيثبت الملك فيه ، ولهذا له المطالبة بالنماء فى ذلك الزمان ، وتعارضت البينتان فى الملك فى الحال فسقطتا ، وبقى ملك السابق تجب استدامته ، وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته . ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح ، لجواز أن يعلم به دون الأول ، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقاً ، فإذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوى .

وقولهم : إنه يثبت الملك فى الزمن الماضى من غير معارضة .

قلنا : إنما يثبت تبعاً لثبوته فى الحال ، ولو انفرد بأن يدعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بينته ، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ، ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت ، وهو قول أبى يوسف ومحمد .

ولنا : أنه ليس فى إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره ، فوجب استواؤهما ، كما لو أطلقتا أو استوى تاريخهما .

٨٥٤١ (فصــــل)

ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى ، ويتبع الأعمى أوثقهما فى نفسه . وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ، لأنها خبر ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى . وقال الأوزاعى : يقسم على عدد الشهود ، فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً ، لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها .

ولنا : أن الشهادة مقدرة بالشرع ، فلا تختلف بالزيادة كالدية ، وتخالف الخبر ، فإنه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد ، فرجح بالزيادة . والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين ، فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن . ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن ، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين ؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال ، لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال ، فإذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه . ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان ، لأن كل واحد منهما حجة بمفرده ، فأشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين .

والثانى : يقدم الشاهدان ، لأنهما حجة متفق عليها ، والشاهد واليمين مختلف فيهما ، ولأن اليمين قوله لنفسه ، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين ، فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح إن شاء الله . وللشافعى قولان كالوجهين .

٨٥٤٢ (فصــــل)

وإذا كان فى أيديهما دار ، فادعاها أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، ولا بينة لهما ، فهى بينهما نصفين . نص عليه أحمد . وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر ، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه ، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه .

ولنا : أن يد مدعى النصف على ما يدعيه ، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى . فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه ، فقد تعارضت بينتاهما ، فالنصف لمدعى الكل ، والنصف الآخر ينبنى على الخلاف فى أى البينتين تقدم . وظاهر المذهب تقديم بينة المدعى ، فتكون الدار كلها لمدعى الكل ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه . فان كانت الدار فى يد ثالث لا يدعيها ،فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ، ويقرع بينهما فى النصف الآخر ، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما .

وإن قلنا : تستعمل البينتان أقرع بينهما ، وقدم من تقع له القرعة فى أحد الوجهين .

والثانى : يقسم النصف المختلف فيه بينهما ، فيصير لمدعى الكل ثلاثة أرباعها .

٨٥٤٣ (فصــــل)

فإن كانت الدار فى يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها ، وادعى الآخر ثلثها ، وادعى الآخر سدسها،فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم،وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقى الدار وديعة أو عارية معى ، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضى له به ، لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة ، حلف كل واحد منهم وأقر فى يده ثلثها .

٨٥٤٤ (فصــــل)

فإن ادعى أحدهم جميعها ، وادعى الآخر نصفها ، والآخر ثلثها ، فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثا ، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به ، لأن يد كل واحد منهم على ثلثها . وإن كانت لأحدهم بينة نظرت ، فإن كانت لمدعى الجميع فهى له ، وإن كانت لمدعى النصف أخذه والباقى بين الآخرين نصفين ، لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ، ويحلف الآخر على الربع

الذى يأخذه جميعه . فإن كانت البينة لمدعى الثلث أخذه والباقى بين الآخرين ، لمدعى الكل السدس بغير يمين ، ويحلف على السدس الآخر ، ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه .

وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة .

فإن قلنا : تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على الثلث .

وإن قلنا : تقدم بينة الخارج ، فينبغى أن تسقط بينة صاحب الثلث لأنها داخلة ، ولمدعى النصف السدس ، لأن بينته خارجة فيه ، ولمدعى الكل خمسة أسداس ، لأن له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه فإن أحداً لا يدعيه ، وله الثلثان لكون بينته خارجة عنهما .

وقيل : بل لمدعى الثلث السدس ، لأن بينة مدعى الكل ومدعى النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقى لمن هو فى يده ، ولا شىء لمدعى النصف لعدم ذلك فيه ، وسواء كان لمدعى الثلث بينة أو لم تكن .

وإن كانت العين فى يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم ، فالنصف لمدعى الكل ، لأنه ليس منهم من يدعيه ، ويقرع بينهم فى النصف الباقى ، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه ، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين فى السدس ، فمن قرع صاحبه حلف وأخذه .

وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه ، فالنصف لمدعى الكل لما ذكرنا ، والسدس الزائد يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف والثلث يدعيه الثلاثة ، وقد تعارضت البينات فيه . فإن قلنا : تسقط البينات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه ، فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة . وهذا قول أبى عبيد وقول الشافعى إذ كان بالعراق .

وعلى الرواية التى تقول إذا تعارضت البينات قسمت العين بين المتداعين ، فلمدعى الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ، ولمدعى النصف نصف السدس وثلث الثلث ، ولمدعى الثلث ثلثه وهو التسع ، فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهماً ، لمدعى الكل النصف ثمانية عشر سهماً ، ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً ، ولصاحب النصف سبعة ، ولمدعى الثلث أربعة وهو التسع . وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلى وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة ، وهو قول للشافعى . وقال أبو ثور : يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقى حتى يتبين . ويروى هذا عن مالك ، وهو قول للشافعى .

وقال ابن أبى ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان ، فتصح من أحد عشر سهماً .

وسئل سهل بن عبد الله بن أبى أوس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بينة لهم ، وحلف كل

واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه،فأجاب فيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب فى الحِسَب التى طَرَتْ[1] فأقامت منهم كُلٌّ قاعد
فَلِلْمدّعِى الثلثين ثُلْثٌ وللذى أَسْتَلاطَ[2] جميعَ المالِ عندالتحاشد
من المالِ نِصْفٌ غَيْرُ ما سَيَنُوبُهُ وحصته من نصف ذا المالِ زائد
وللمُدّعِى نصفاً من المالِ رُبْعُهُ ويؤخذنصفُ السُّدْسِ من كلٍّ واحِد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول ، فكأن المسألة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر ، وذلك أنه أخذ مخرج الكسور وهى ستة فجعلها لمدعى الكل ، وثلثاها أربعة لمدعى الثلثين ، ونصفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر .

٨٥٤٥ (فصـــــل)

فإن كانت الدار فى أيدى أربعة ، فادعى أحدهم جميعها ، والثانى ثلثيها ، والثالث نصفها ،والرابع ثلثها ، ولا بينة لهم ، حلف كل واحد وله ربعها ، لأنها فى يده ، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه . وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً ، لأننا إن قلنا : تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل فى ربعها فتقدم بينته فيه ، وإن قلنا : تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادّعيا عيناً فى يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا ، وأقر الشىء فى يد من هو فى يده . وإن كانت الدار فى يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعى الكل ، لأن أحداً لا ينازعه فيه ويقرع بينهم فى الباقى ، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل ، أو لمدعى الثلثين أخذه ، وإن وقعت لمدعى النصف أخذه وأقرع بين الباقين فى الباقى ، وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة فى الثلث الباقى . وهذا قول أبى عبيد والشافعى إذ كان بالعراق ، إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا:لمدعى الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعى الثلثين فى السدس الزائد عن النصف ، ثم يقرع بينهما وبين مدعى النصف فى السدس الزائد عن الثلث ، ثم يقرع بين الأربعة فى الثلث الباقى ويكون الإقراع فى ثلاثة مواضع ، وعلى الرواية الأخرى الثلث لمدعى الكل ، ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعى الثلثين ، ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعى النصف أثلاثاً ، ثم يقسم الثلث الباقى بين الأربعة أرباعاً .

وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة ، وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان ، وربع الثلث الباقى ثلاثة ، فيحصل له عشرون

---

(١) طرت : أتت (ف) .
(٢) استلاط المال : ادعاه (ف) .

سهماً وهى خمسة أتساع الدار . ولمدعى الثلثين ثمانية أسهم ، تسعان وهى مثل مالمدعى الكل بعد الثلث الذى انفرد به ، ولمدعى النصف خمسة أسهم ، تسع وربع تسع ، ولمدعى الثلث ثلاثة نصف السدس .

وعلى قول من قسمها على العول هى من خمسة عشر ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب الثلثين أربعة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان . وعلى قول أبى ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقى حتى يتبين .

٨٥٤٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال: ﴿ ولو كانت الدابة فى يد غيرهما . واعترف أنه لا يملكها ، وأنها لأحدهما لا يعرفه عيناً قرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه ﴾

وجملته : أن الرجلين إذا تداعيا عيناً فى يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما ،فالقول قوله مع يمينه بغيرخلاف نعلمه ، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال : لا أعرف صاحبها ، أوقال : هى لأحدكما لاأعرفه عيناًأقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه ، لما روى أبو هريرة « أن رجلين تداعيا عيناً لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبى صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها »[1] رواه أبو داود . ولأنهما تساويا فى الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد، والقرعة تميز عند التساوى ، كما لو أعتق عبيداً لامال له غيرهم فى مرض موته ، وأما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه . وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب :

إحداهما : تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين ، كما لو لم تكن بينة ، وهذا الذى ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى ، لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن .وروىهذاعن ابن عمر وابن الزبير ، وبه قال إسحاق وأبو عبيد ، وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى ، وذلك لما روى ابن المسيب[2] « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر وجاء كل منهما بشهود

---

(١) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٢٧٩ « عن أبى هريرة أن رجلين اختصما فى متاع إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بينة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : استهما على اليمين ، ماكان ، أحبا ذلك أو كرها » .

وأخرجه ابن ماجة عن أبى هريرة ج ٢ ص ٥٤ ولفظه « عن أبى هريرة أنه ذكر أن رجلين ادعيا دابة ولم يكن بينهما بينة فأمرهما النبى صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين » (ف) .

(٢) أخرج عبد الرزاق فى الجامع عن ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الشهود إذا استووا أقرع بين الخصمين » أنظر منتخب كنز العمال ج ٢ ص ٢٠٧ وقد ذكر المغنى رواية الشافعى وذكرها الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٩٦ بلفظ (فى امرأة) بدلا من (فى أمر) (ف) .

عدول على عِدَّةٍ واحدة ، فأسهم النبى صلى الله عليه وسلم بينهما » رواه الشافعى فى مسنده . ولأن البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين .

والرواية الثانية : تستعمل البينتان ، وفى كيفية استعمالها روايتان :

إحداهما : تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وقول للشافعى ، لما روى أبو موسى « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعير ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم به بينهما نصفين »[1] ولأنهما تساويا فى دعواه فيتساويان فى قسمته .

والرواية الثانية : تقدم إحداهما بالقرعة ، وهو قول الشافعى ، وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين ، وهو قول أبى ثور ، لأنه اشتبه الأمر ، فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم فى قضيته .

ولنا : الخبران وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين ، بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما .

إذا ثبت هذا فإننا إذا قلنا : إن البينتين تسقطان أقرع بينهما ، فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة .

وإن قلنا : يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين ، وهذا قول الشافعى ، لأن البينة تغنى عن اليمين . وقال أبو الخطاب : عليه اليمين مع البينة ترجيحاً لها . وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى فى هذا الحكم . وإنما يظهر الفرق بينهما فى شىء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٥٤٧ (فصـــــل)

فإن أنكرهما من العين فى يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بينة فإن قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة ، أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك . وإن قلنا : تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت فى يده ، كما لو لم تكن لهما بينة ، وإن أقر بها بعد ذلك لهما أو لأحدهما قبل إقراره وإن أقر بها فى الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد ، لأن من هى فى يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وإن أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما فى الجزء الذى أقر له به لذلك .

٨٥٤٨ (فصـــــل)

وإن تداعيا عيناً فى يد غيرهما ، فقال : هى لأحدكما لا أعرفه عيناً ، أو قال : لا أعرف صاحبها أهو

---

(١) سبق الكلام عن هذا الحديث وكلام المحدثين فيه قريباً (ف) .

أحدكما أو غيركما ، أو قال : أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عيناً ، فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنى صاحبها، أو أنى الذى أودعتكها ، أو طلبت يمينه ، لزمه أن يحلف له ، لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ، ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، ويحلف على ما ادعاه من نفى العلم . وإن صدقاه فلا يمين عليه ، وإن صدقه أحدهما حلف للآخر . وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار المقر له صاحب اليد . فإن قال غير المقر له : احلف لى أن العين ليست ملكى ، أو أنى لست الذى أودعتكها ، لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها ، وإن اعترف بها لهما كان الحكم فيها كما لو كانت فى أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما فى النصف المحكوم به لصاحبه ، وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه فى النصف المحكوم له به .

٨٥٤٩ (فصــل)

وإذا كان فى يد رجل دار فادعاها نفسان ، قال أحدهما : آجرتكها ، وقال الآخر : هى دارى أعرتكها ، أو قال : هى دارى ورثتها من أبى ، أو قال : هى دارى ولم يذكر شيئاً آخر ، فأنكرهما صاحب اليد وقال : هى دارى ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى ، إلا على الرواية التى تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب ، فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب . وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه ، وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهى للمغصوب منه ، ولا تعارض بينهما ، لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره ، وإقرار الغاصب باطل ، وهذا مذهب الشافعى ، فتدفع إلى المغصوب منه ، ولا يغرم للمقر له شيئاً لأنه ما حال بينه وبينها ، وإنما حالت البينة بينهما . ولو أقر بها لأحدهما ، أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولا ، ولزمه غرامتها للآخر لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول .

٨٥٥٠ (فصــل)

نقل ابن منصور عن أحمد فى رجل أخذ من رجلين ثوبين ، أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ، فادعى أحدهما ثوباً من هذين الثوبين ، يعنى وادعاه الآخر ، يقرع بينهما ، فأيهما أصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عيناً فى يد غيرهما .

٨٥٥١ (فصــل)

إذا تداعيا عيناً ، فقال كل واحد منهما : هذه العين لى اشتريتها من زيد بمائة ونقدته إياها ، ولا بينة لواحد منهما ، فإن انكرهما زيد حلف وكانت العين له ، وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف للآخر ،

وإن أقر لـكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لـكل واحد منهما على نصفها . وإن قال : لا أعلم لمن هى منـكما أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها . وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه ، ثم إن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له .

وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا ، فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين ، مثل أن يدعى أحدهما أنه اشتراها فى المحرم ، وادعى الآخر أنه اشتراها فى صفر ، وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه ، فهى للأول ، لأنه ثبت أنه باعها للأول ، فزال ملـكه عنها ، فيـكون بيعه فى صفر باطلا ، لـكونه باع ما لا يملـكه ويطالب برد الثمن . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ، تعارضتا لتعذر الجمع ، فينظر فى العين ، فإن كانت فى يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف فى بينة الداخل والخارج ، فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هى فى يده ، ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج . وإن كانت فى يد البائع وقلنا : تسقط البينتان ، رجع إلى البائع ، فإن أنـكرهما حلف لهما وكانت له ، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر . وإن أقر لهما فهى بينهما ويحلف لـكل واحد منهما على نصفها ، كما لو لم تـكن لهما بينة .

وإن قلنا : لا تسقط البينتان ، لم يلتفت إلى إنـكاره ولا اعترافه ، وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى ، لأنه قد ثبت زوال ملـكه وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله . فمن قال : يقرع بينهما أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة فهى له مع يمينه ، وهذا قول القاضى لم يذكر شيئاً سوى هذا . ومن قال : تقسم بينهما قسمت ، وهذا ذكره أبو الخطاب .

وقد نص عليه أحمد فى رواية الـكوسج فى رجل أقام البينة أنه اشترى سلعة بمائة ، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها بمائتين ، فـكل واحد منهما يستحق النصف من السلعة بنصف الثمن ، فيـكونان شريكين .

وحمل القاضى هذه الرواية على أن العين فى أيديهما ، أو على أن البائع أقر لهما جميعاً . وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبى الخطاب .

فعلى هذا : إن كان المبيع مما لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بقبضه فلـكل واحد منهما الخيار ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختارا الإمساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن ، وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن . وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر ، إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعى فى كل مبيع .

٨٥٥٢ (فصـــــل)

فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهى ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهى ملكه ، وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة ، فهذه تشبه التى قبلها فى المعنى ، فإن كانت فى يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين فى تقديم بينة الداخل والخارج ، وإن كانت فى يديهما قسمت بينهما ، لأن بينة كل واحد منهما داخلة فى أحد النصفين خارجة فى النصف الآخر ، وإن كانت فى يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه .

فإن قلنا : تسقط البينتان حلف وكانت له ، وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له .

وإن قلنا : تقدم إحداهما بالقرعة فهى لمن تخرج له القرعة مع يمينه .

وإن قلنا : تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها . وإن كان المبيع مما يدخل فى ضمان المشترى بنفس العقد ، أو كان المشترى مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشىء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع . وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار فى الفسخ والإمضاء ، فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر ، لأن البائع اثنان بخلاف التى قبلها .

٨٥٥٣ (فصـــل)

ولو كان فى يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة ، فالحكم فى هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أننى اشتريتها منه ، على ما مضى من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو إحداهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ إحداهما فهل ترجح بذلك على وجهين . فأما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما ، لزمه دفعها إلى الذى أقر له بها أولا ، ويغرم قيمتها للآخر .

٨٥٥٤ (فصـــل)

فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها منى بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما ، مثل أن يقول كل واحد منهما : اشتراها منى مع الزوال يوم كذا ليوم واحد ، فهما متعارضتان . فإن قلنا : تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه ، فإن أنكرهما حلف لهما وبرئ ، وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن ، لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قال : اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن ، وله أن يحلفه

على البـاقى . وإن قلنا : يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويبرأ . وإن قلنا : تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لـكل واحد منهما على البـاقى ، فإن كان التاريخان مختلفين ، أو كانتا مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ، ثبت العقدان ولزمه الثمنان ، لأنه يمـكن أن يشتريها من أحـدهما ثم يملـكها الآخر فيشتريها منه ، وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما .

فإن قيل : فلِم قلتم إنه إذا كان البائع واحداً والمشترى إثنان ، فأقام أحدهما بينة أنه اشتراها فى المحرم ، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها فى صفر ، يكون الشراء الثانى باطلا ؟

قلنا : لأنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه الثانى ثانياً . وفى مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملـكه ، لأنه لا يجوز أن يشترى ثانياً ملك نفسه ، ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له ، فافترقا.

فإن قيل : فإذا كانت البينتان مطلقتين ، أو إحـداهما مطلقة ، احتمل أن يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان . والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك .

قلنا : إنه متى أمـكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثَمّ شك ، وإنما يبقى الوهم ، والوهم لاتبطل به البينة ، لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلا ، لأنه مامن بينة إلا ويحتمل أن تـكون كاذبة ، أو غير عادلة ، أو متهمة ، أو معارضة ، ولم يلتفت إلى هذا الوهم ، كذا هاهنا .

٨٥٥٥ (فصــــل)

وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه ، وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هـذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه ، فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ، ويكون الإرث بينهما ، لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى .

٨٥٥٦ (فصــــل)

وإذا ادعى رجل عبداً فى يد آخر أنه اشتراه منه ، وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما ، فأنـكرهما ، حلف لهما والعبد له . وإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر ، وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه ثبت ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى ، لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع ، لأن بيع الحر لا يصح ، وإن سبق البيـع لم يصح العتق ، لأنه أعتق عبد غيره .

فإن قيل : يحتمل أنه عاد إلى ملـكه فأعتقه .

قلنا : قد ثبت الملك للمشترى فلا يبطله عتق البائع .

وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، تعارضتا ، لأنه لا ترجيح

لإحداها على الأخرى . فإن كان فى يد المشترى انبنى ذلك على الخلاف فى تقديم بينة الداخل والخارج ، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشترى ، وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق ، لأنه خارج وإن كان فى يد البائع ، وقلنا : إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ، ويرجع إلى السيد ، فإن أنكرهما حلف لهما ، وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء ، فلا فائدة فى إحلافه ، ويحلف البائع للمشترى . وإن أقر للمشترى ثبت الملك ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة فى إحلافه .

وإن قلنا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه ، لأن ملكه قد زال .

فإن قلنا : ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته قدمناه . قال أبو بكر : هذا قياس قول أبى عبد الله . فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة فى أحد الوجهين .

وإن قلنا : يقسم ، قسمنا العبد ، فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسرى العتق إلى جميعه إن كان البائع موسراً ، لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً ، وقد ثبت العتق فى نصفه بشهادتهما .

٨٥٥٧ (فصـــــل)

إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قُبل إقرارها ، لأنها أقرت على نفسها وهى غير متهمة ، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه . وإن ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل منها ، لأن الآخر يدعى ملك نصفها وهى معترفة أن ذلك قد ملك عليها ، فصار إقرارها بحق غيرها ، ولأنها متهمة ، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر .

فإن قيل : فلو تداعيا عيناً فى يد ثالث فأقر لأحدهما قبل .

قلنا : لا يثبت الملك بإقراره فى العين ، وإنما يجعله كصاحب اليد فيحلف، والنكاح لا يستحق باليمين، فلم ينفع الإقرار به هاهنا ، فإن كان لأحد المتداعيين بينة حكم له بها ، لأن البينة حجة فى النكاح وغيره ، وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ، ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها فى بيته وبيده ، لأن اليد لا تثبت على حرة ، ولا سبيل إلى القسمة هاهنا ولا إلى القرعة ، لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ، ولا مدخل لها فى النكاح .

٨٥٥٨ (فصـــــل)

إذا قال السيد لعبده: إن قتلت فأنت حر ، ثم مات ، فادعى العبد أنه قُتل ، وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، لأن الأصل عدم القتل ، فإن أقام بينة بدعواه عتق ، وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد فى أحد الوجهين ، لأنها تشهد بزيادة وهى القتل .

والثانى : تتعارضان ، لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى ، فيبقى على الرق .

وإن قال : إن متُّ فى رمضان فعبدى سالم حر ، وإن متُّ فى شوال فعبدى غانم حر ، ثم مات فادعى كل واحد منهما موته فى الشهر الذى يعتق بموته فيه ، وأنكرهما الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، وإن أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم . وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : تقدم بينة سالم ، لأن معها زيادة علم ، فإنها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى ، وهو موته فى رمضان .

والثانى : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، لأنهما سقطا فصارا كمن لا بينه لها .

والثالث : يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال : إن برئت من مرضى هذا فسالم حر ، وإن مت منه فغانم حر ، فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ، لأنه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ ، فيعتق أحدهما على كل حال ، ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة ، كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا . ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ، فقال أصحابنا : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى ، ولا يصح هذا القول ، لأن التعارض أثره فى إسقاط البينتين ، ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما ، فكذلك إذا سقطتا . وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده ، كما لو قال : إن كان هذا الطائر غراباً فسالم حر ، وإن لم يكن غراباً فغانم حر ، ولم يعلم حاله ، ولكن يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يقرع بينهما كما فى مسألة الطائر ، لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة فى رواية .

والثانى : تقدم بينة سالم ، لأنها شهدت بزيادة وهى البرء . وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة .

٨٥٥٩ (فصل)

وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه فى مرض موته ، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه فى مرض موته ، وكل واحد منهما ثلث ماله ، فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة ، فلا تعارض بينهما ، لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ، ولا تكذب إحداهما الأخرى ، فيثبت إعتاقه لهما . ثم ينظر ، فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثانى ، إلا أن يجيز الورثة ، لأن المريض إذا

تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول ، وإن اتفق تاريخهما أو أطلقتا أو إحداهما فهما سواء لأنه لامزية لإحداهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، إلا أن يجيز الورثة ، لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معاً فيقرع بينهما ، كافعل النبي صلى الله عليه وسلم فى العبيد[1] الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم ، أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما فى مسألة الطائر . وقيل : يعتق من كل واحد نصفه ، وهو قول للشافعى ، لأنه أقرب إلى التعديل بينهما ، فإن فى القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثانى المستحق للرق ، وفى القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ، ولا المستحق للرق من رق ، ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت به بينتان والأول المذهب ، لأنه لايخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما . والقرعة ثابتة فى كل واحدة منهما .

وقولهم : إن فى القرعة احتمال إرقاق نصف الحر .

قلنا : وفى القسمة إرقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق يقيناً وهو أعظم ضرراً .

وإن كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذى خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر . وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث .

وإن كان لأحدهما بينة ولا بينة للآخر ، أو بينته فاسقة ، عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر .

وإن كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن إحداهما تشهد أنه أعتق سالماً فى مرضه ، والأخرى تشهد بأنه وصى بعتق غانم ، وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة ، لأن التبرع يقدم على الوصية . وإن كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث وإن شهدت إحداهما أنه وصى بعتق سالم ،

---

(١) فى صحيح مسلم كتاب الأيمان باب من أعتق شركا له فى عبد ج ٣ ص ١٢٨٨ عن عمران بن حصين: « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً ».

جزأهم : قسمهم .

أقرع بينهم : هيأهم للقرعة على العتق .

أرق أربعة : أبقى حكم الرق عليهم .

قال له قولا شديداً : قال فى شأنه قولا شديداً كراهية لفعله وتغليظاً عليه ، وقد جاء فى رواية لأحمد « لو علمنا ما صلينا عليه » — وسر ذلك أن الله لم يأذن للمريض بأن يتصرف إلا فى الثلث فإذا تصرف فى أكثر منه كان مخالفاً لحكم الله ومشابهاً لمن وهب غير ماله (ف) .

وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم، فهما سواء ويقرع بينهما، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف ، لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر . وقال أبو بكر وابن أبى موسى : يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً، ولا كذلك هاهنا ، فيجب أن تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثنين بمال . والأول قياس المذهب ، لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق فى مرض الموت ، وقد ثبت فى الإعتاق فى مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضى لتكميل العتق فى أحدهما فى الحياة موجود بعد الممات فيثبت، فأما إن صرح فقال إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر ، أو كان فى لفظه ما يقتضيه ، أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه .

٨٥٦٠ (فصل)

فإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما ، فشهدا أنه أعتق سالماً فى مرض موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانماً فى مرض موته ، وكل واحد ثلث ماله ، ولم يطعن الإبنان فى شهادتهما ، وكانت البينتان عادلتين ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين سواء ، لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين . فإن طعن الإثنان فى شهادة الأجنبيين وقالا : ما أعتق غانماً فى مرض موته ، وكل واحد ثلث ماله ، إنما أعتق سالماً لم يقبل قولهما فى رد شهادة الأجنبية . لأنها بينة عادلة مثبتة والأخرى نافية . وقول المثبت يقدم على قول النافى ، ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة فى شهادتهما فى أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ، ويرق إذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره . وأما الذى شهد به الإبنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه للحرية ، وهذا قول القاضى .

وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقى ، لأن العبد الذى شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة ، وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقى وهو ثلثا غانم ، والأول أصح ، لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت ، وحال الموت فى قول الإبنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده ، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته .

فإن كان الإبنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ، ثبت العتق لسالم ولم يزاحم من شهد له الإبنان لفسقهما ، لأن شهادة الفاسق كعدمها ، فلا يقبل قولهما فى إسقاط حق ثبت ببينة عادلة . وقد أقر الإبنان بعتق غانم فينظر ، فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا فى التى قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه، أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شىء ، لأن الإبنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شىء ، فإذا كانا فاسقين أولى

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يعتق نصفه في الأحوال كلها ، لأنه استحق العتق بإقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة ، فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه ، وهذا لا يصح ، فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة ، لأنه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء . ولو كانت بينة عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الأجنبية فقالت : ما أعتق غانماً إنما أعتق سالماً ، عتق العبدان . وقيل : يعتق من سالم ثلثاه ، والأول أولى .

٨٥٦١ (فصـــــل)

فإن شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعتق سالم ، وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم ، وقيمتهما سواء ، أو كانت قيمة غانم أكثر ، قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم ، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعاً ويدفعان عنها ضرراً .

فإن قيل : فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم .

قلنا : وهما يسقطان ولاء سالم ، وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث . وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه . ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الإرث لهما . وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه ، فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم ، فيعتق سالم بالبينة العادلة ، ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده .

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي : أنه إنما يعتق ثلثاه ، لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنبيين صار كالمغصوب ، فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة .

ولنا : أن الوارثة[1] تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت ، فصار كالمغصوب بعد الموت . ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله ، فكذلك الشهادة بعتقه . وقد ذكر القاضي : فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ، ووارثة[2] فاسقة بإعتاق غانم في مرضه ، وأنه لم يعتق سالماً ، أن غانماً يعتق كله ، وهذا مثله .

فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم ، فالوارثة[3] متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته ، فترد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ، ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه ، وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة . وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن

---

(١) ، (٢) ، (٣) في المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ١٩٩ وطبعة الفقي ج ٩ ص ٢٩٩ والشرح الكبير ج١٢ ص ٢١٦ (الوارثة) والأنسب (الورثة) (ف) .

شهدت بالوصية بعتق غانم ، وهى بينة عادلة ، ثبتت الوصيتان، سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة ،فيعتقا[1] إن خرجا من الثلث ، وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما ، فيعتق من خرجت له القرعة ، ويعتق تمام الثلث من الآخر ، سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا ، لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء .

٨٥٦٢ (فصـــــــل)

ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله ، وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله ، وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله ، صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر ، سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن ، لأنه لا تهمة فى حقهم . وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئاً ، لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهى إحدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو . وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها ، فقال القاضى : لا تصح الشهادة ، وهذا مذهب الشافعى لأنهما لم يعينا المشهود عليه ، ويصير كما لو قالا : نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفاً . وأن لأحد هذين على هذا ألفاً ، ويكون الثلث بين الجميع أثلاثاً .

وقال أبو بكر : قياس قول أبى عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما ، فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته . وهذا قول ابن أبى موسى . وإذا صح الرجوع عن إحداهما بغير تعيين ، صحت الشهادة به كذلك . ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول ، وتصح الشهادة فيها بالمجهول ، فجازت فى الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته .

٨٥٦٣ (فصـــــــل)

وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله ، وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله ، انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أولا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يعارضهما ، فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما ، لأن الشاهد واليمين حجة فى المال فأشبه الشاهدين .

والثانى : لا يعارضهما لأن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين ، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث ،

---

(١) فى المغنى لرشيد رضا ج ١٢ ص ١٩٩ وللمغنى ج ٩ ص ٣٠٠ (فيعتقا) والصواب (فيعتقان) وقد سقطت هذه الكلمة من الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢١٧ (ف) .

وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة ، فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه ، فلا تعارض بينهما، ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو ، والفرق بين المسألتين أن فى الأولى تقابلت البينتان فقدمنا أقواهما . وفى الثانية لم يتقابلا ، وإنما يثبت الرجوع ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ، لأن المقصود به المال ، وهذا مذهب الشافعى ، والله أعلم .

٨٥٦٤ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال: ﴿ولو كان فى يده دار فادعاها رجل ، فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر له بها حاضراً جعل الخصم فيها ، وإن كان غائباً وكانت للمدعى بينة حكم بها للمدعى ببينته ، وكان الغائب على خصومته متى حضر﴾ .

وجملته : أن الإنسان إذا ادعى داراً فى يد غيره ، فقال الذى هى فى يده : ليست لى إنما هى لفلان . وكان المقر له بها حاضراً ، سئل عن ذلك ، فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد ، لأن من هى فى يده اعترف أن يده نائبة عن يده ، وإقرار الإنسان بما فى يده إقرار صحيح ، فيصير خصما للمدعى . فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعَى عليه مع يمينه . وإن قال المدعى : احلفوا لى المقر الذى كانت العين فى يده أنه لا يعلم أنها لى فعليه اليمين . لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم ، كما لو قال : هذه العين لزيد ، ثم قال : هى لعمرو ، فإنها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو . ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، فإن رد المقر له الإقرار وقال : ليست لى وإنما هى للمدعى حكم له بها . وإن لم يقل : هى للمدعى ولكن قال : ليست لى ، فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها ؛ وإن لم تكن له بينة ففيه وجهان :

أحدهما : تدفع إلى المدعى ، لأنه يدعيها ولا منازع له فيها ؛ ولأن من هى فى يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعى ، فمع عدم ادعائه لها أولى .

والثانى : لا تدفع إليه ، لأنه لم يثبت لها مستحق ، لأن المدعى لا يد له ولا بينة ، وصاحب اليد معترف أنها ليست له ، فيأخذها الإمام فيحفظها لصاحبها . وهذا الوجه الثانى ذكره القاضى ، والأول أولى لما ذكرنا من دليله . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ووجه ثالث أن المدعى يحلف أنها له وتسلم إليه ، ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه ، وإن قال المقر له : هى لثالث ، انتقلت الخصومة إليه وصار بمنزلة صاحب اليد ، لأنه أقر له بها مَن اليَدُ له حُكْماً . وأما إن أقر بها المدعَى عليه لمجهول ، قيل له : ليس هذا بجواب . فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك ، فإن أصر قضى عليه بالنكول ، وإن أقر بها لغائب أو لغير مكلف معين كالصبى والمجنون صارت الدعوى عليه . فإن لم تكن

للمدعى بينة لم يقض له بها ، لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ، ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفاً فتكون الخصومة معه .

فإن قال المدعى: أحلفوا لى المدعَى عليه أحلفناه لما تقدم، وإن أقر بها للمدعى لم تسلم إليه ؛ لأنه اعترف أنها لغيره ، ويلزمه أن يغرم له قيمتها ، لأنه فوّتها عليه بإقراره بها لغيره . وإن كان مع المدعى بينة سمعها الحاكم وقضى بها ، وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدح فى بينة المدعى ، وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى . وإن أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج .

فإن قلنا : تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين . وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها ، لأن البينة للغائب ، والغائب لم يدعها هو ولا وكيله ، وإنما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة ، وهو زوال التهمة عن الحاضر ، وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لى.

ويتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل ، وإن للمودع المخاصمة فى الوديعة إذا غصبت ، ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعى إذا لم تعارضها بينة أخرى . فإن ادعى من هى فى يده أنها معه بإجارة أو عارية ، وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين :

أحدهما : أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك للمؤجر بهذه البينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها.

والثانى : أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ، ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق ، فإنه يقضى بها وجهاً واحداً . ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه ، لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره . والحكم فى غير المكلف كالحكم فى الغائب على ما ذكرنا .

٨٥٦٥ (فصـــــل)

وإذا طلب المدعى أن يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته ، فيكتب له محضراً : حضر القاضى فلان ابن فلان الفلانى ، قاضى عبد الله الإمام فلان بن فلان الفلانى ، أو خليفة القاضى فلان بن فلان إن كان نائباً ، فلان بن فلان الفلانى ، وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى ، فادعى داراً فى يديه ، ويعينها ويذكر حدودها وصفتها ، فاعترف بها المدعَى عليه لفلان بن فلان الفلانى ، وهو حينئذ غائب عن بلد القاضى ، فأقام المدعى بينة وهى فلان بن فلان الفلانى ، وفلان بن فلان الفلانى ، فشهدا عنده للمدعى بما ادعاه ، وعرف الحاكم

عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما، أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما ، فقضى بها على الغائب ، جعل كل ذى حجة على حجته .

فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد : وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعى عن دعواه .

وإن أقام عند حضوره بينة زاد : وأقام بينة وكانت بينة المدعى مقدمة على بينته ، لأنها بينة خارج .

٨٥٦٦ (فصـــــل)

وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخاً له غائباً ، ولا وارث له سواهما ، وترك داراً فى يد هذا الرجل ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام المدعى بينة بما ادعاه ، ثبتت الدار للميت ، وانتزعت الدار من يد المنكر ، ودفع نصفها إلى المدعى ، وجعل النصف الآخر فى يد أمين للغائب يكريه له . وكذلك إن كان المدعى مما ينقل ويحول ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه ، لأن الغائب لم يدعه هو ولا كيله فلم ينزع من يد من هو فى يده ، كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبى ، فإنه يسلم إلى المدعى نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب ، كذا هاهنا .

ولنا : أنها تركة ميت ثبتت ببينة ، فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول ، وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ، ولأن فيما قاله ضرراً ، لأنه قد يتعذر على الغائب إقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبان[1] أو تزول عنهما عدالتهما ، ويعزل الحاكم فيضيع حقه ، فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمنقول . ويفارق الشريك الأجنبى إجمالا وتفصيلا .

أما الإجمال : فإن المنقول ينتزع نصيب شريكه فى الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبى

وأما التفصيل : فإن البينة ثبت بها الحق للميت ، بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ، ولأن الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقى . فأما إن كان دَيناً فى ذمة إنسان ، فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يقبضه كما يقبض العين .

والثانى : لا يقبضه ، لأنه إذا كان فى ذمة من هو عليه ، كان أحوط من أن يكون أمانة فى يد الأمين ، لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه . والأول أولى ، لأنه فى الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة .

إذا ثبت هذا : فإننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدَّين لم نطالبه بضمين ، لأننا دفعناه بقول

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٠٥ والمغنى ج ٩ ص ٣٠٤ (يغيبا) والصواب (يغيبان)(ف) .

الشهود ، والمطالبة بالضمين طعن عليهم . قال أصحابنا : سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا. ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما فى نفى وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به ، وهذا قول الشافعى . فعلى هذا تكون الدار موقوفة ، ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التى كان يطوفها ، ويأمر مناديا ينادى إن فلانا مات ، فإن كان له وارث فليأت ، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه . وهل يطلب منه ضمينا ؟ يحتمل وجهين .

وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ، ولكن لم يقولا ولا نعلم له وارثا سواه . فإن كان مع الإبن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا ، وعلى هذا التخريج يعطى اليقين ، فإن كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة ، وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً ، وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات ، ولا تعطى العصبة شيئاً.

فإن كان الوارث أخا لم يعط شيئاً ، لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه . وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلا ، والمرأة ربع الثمن عائلا ، والزوج الربع عائلا ، لأنه اليقين ، فإن المسألة قد تعول مع وجود الزوج ، مثل أن يخلف أبوين وابنين وزوجا ، فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه ، وكمل لذوى الفروض فروضهم .

٨٥٦٧ (فصـــــل)

وإذا اختلف فى دار فى يد أحدهما ، فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر ، فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين :

أحدهما : تسمع ويحكم بها ، لأنها تثبت الملك فى الماضى ، وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله .

والثانى : لا تسمع . قال القاضى : هو الصحيح ، لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدّع المدعى الملك فى الحال ، فلا تسمع بينة على ما لم يدّعه ، لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثانى وتعريف تعديها فقالا : نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه ، أو سرقها ، أو ضلت منه فالتقطها هذا ، ونحو ذلك ، سمعت وقضى بها ، لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك . ولا تنافى بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد ، لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد . فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا ، فوجب القضاء باستدامة الملك السابق . وإن أقر المدعى عليه أنها كانت ملكا للمدعى أمس أو فيما مضى ، سمع إقراره ، وحكم به فى الصحيح ، لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه ، فيصير هو المدعى فيحتاج إلى البينة ، ويفارق البينة من وجهين :

أحدهما : أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الإنسان على نفسه ، ويزول به النزاع ، بخلاف البينة ، ولهذا يسمع فى المجهول ، ويقضى به بخلاف البينة .

والثانى : أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه ، والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال ، والإقرار يسمع ابتداء . وإن شهدت البينة أنها كانت فى يده أمس ففى سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك ، فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا .

٨٥٦٨ (فصــــــل)

وإن ادعى أمة أنها له ، وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أمته ؛ أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها ثمرة شجرته ، لم يحكم له بها ، لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها ، وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وإن قالت البينة : ولدتها فى ملكه ، أو أثمرتها فى ملكه ، حكم له بها ، لأنها شهدت أنها نماء ملكه ، ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه .

فإن قيل : فقد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح ، وهذه شهادة بملك سابق .

قلنا : الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك فى الأصل ، فإثبات ملكه فى الزمن الماضى على وجه التبع ، وجرى مجرى مالو قال : ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك ، فإن ملكه يثبت فى الزمن الماضى تبعاً للحال ، ويكون له النماء فيما مضى ، ولأن البينة هاهنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها ، أو وجودها فى ملكه ، فقويت بذلك . ولهذا لو شهدت بالسبب فى الزمن الماضى فقالت : أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك ، وإن لم يذكره فمع ذكره أولى .

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه ، وهذا الدقيق من حنطته ، وأن هذا الطائر من بيضته ، حكم له به وإن لم يضفه إلى ملكه ، لأن الغزل عين القطن ، وإنما تغيرت صفته ، والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت ، والطير هو أجزاء البيضة استحال ، وكأن البينة قالت : هذا غزله ودقيقه وطيره ، وليس كذلك الولد والثمرة ، فإنهما غير الأم والشجرة . ولو شهد أن هــذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولا : باضها فى ملكه ، لأن البيضة غير الطير ، وإنما هى من نمائه ، فهى كالولد . ومذهب الشافعى فى هذ الفصل كله كما ذكرنا .

٨٥٦٩ (فصــــــل)

وإذا كانت فى يد زيد دار فادعاها عمرو ، وأقام بينة أنه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه ، أو أن خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد أن خالداً باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها ، أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد ، أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها إليه . وإنما لم تسمع البينة بمجرد الشراء

والهبة ، لأن الإنسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به ، فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك ، أو شهدوا للمشترى بالملك ، أو شهدوا بالتسليم ، فقد شهدوا بتقدم اليد أو بالملك للمدعى أو لمن باعه ، فالظاهر أنه ملكه ، لأن اليد تدل على الملك ، وهذا مذهب الشافعى ، وإنما قبلناها وهى شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب ، والظاهر استمراره ، بخلاف ما إذا لم يذكر السبب .

٨٥٧٠ (فصـــــل)

وإذا كان فى يد رجل طفل لا يعبّر عن نفسه ، فادعى أنه مملوكه قبلت دعواه ، ولم يحل بينه وبينه ، لأن اليد دليل الملك ، والصبى ما لم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع ، إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك ، مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه ، لأن اللقيط محكوم بحريته ، وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض ، فيحكم برقه . فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه ، لأنه محكوم برقه قبل دعواه . وإن لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره ، فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه ، لأن اليد دليل الملك . فإن ادعى أجنبى نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد ، لأن النسب مقدم على الولاء فى الميراث . فإن أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه ، لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك بأن يتزوج بأمة أو يسبى الصغير ثم يسلم أبوه ، إلا أن يكون الأب عربياً فلا يسترق ولده فى رواية ، وهو قول الشافعى القديم . وإن أقام بينة أنه ابن حرة فهو حر ، لأن ولد الحرة لا يكون إلا حراً .

وإن كان الصبى مميزاً يعبر عن نفسه ، فادعى من هو فى يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه ، إلا أننا إن رأيناه فى يده وهما يتنازعان ففيه وجهان :

أحدهما : لا يثبت ملكه عليه ، لأنه معرب عن نفسه ويدعى الحرية ، أشبه البالغ .

والثانى : يثبت ملكه عليه ، لأنه صغير ادعى رقه وهو فى يده فأشبه الطفل .

فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة ، وإن لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه فى الحرية لأنها الأصل . وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، إلا أن أصحاب الرأى قالوا : متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية ، لأن ظهور الحرية فى ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد ، لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بأمة ، فلا ينفى احتمال الرق . وهذا القول هو الصواب إن شاء الله .

٨٥٧١ (فصـــــل)

وإن ادعى اثنان رق بالغ فى أيديهما فأنكرهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن اعترف لهما بالرق ثبت

رقه . فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يكون بينهما نصفين ، لأن يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب .

ولنا : أنه إنما حكم برقه باعترافه ، فكان مملوكا لمن اعترف له ، كما لو لم تكن يده عليه . ويخالف الثوب والطفل ، فإن الملك حصل فيهما باليد ، وقد تساويا فيه ، وهاهنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصاً به ، فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه .

فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وإن اعترف أحدهما فهو لمن اعترف له ، وإن أقر لهما معاً فهو بينهما ، لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين .

فإن قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره ، وإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه ، لأن رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه ، كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان داراً فى يد ثالث ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه ، واعترف أنها ليست له ، ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح بإقراره .

٨٥٧٢ (فصــــل)

ولو كان فى يده صغيرة فادعى نكاحها ، لم يقبل منه ، ولا يخلى بينها وبينه . ولو ادعى رقها قُبل منه إذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها ، لأن اليد دليل الملك . وأما المدعى للنكاح فهو مقر بحريتها أو بأنها غير مملوكة له ، واليد لا تثبت على الحر ، فإذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قُبل إقرارها .

٨٥٧٣ (فصــــل)

ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة ، وادعى آخر أنه باعها منه ، أو وهبها إياه ، أو وقفها عليه ، أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أعتقها ، وأقام بذلك بينة ، قضى له بها بغير خلاف نعلمه ، لأن بينة هذا شهدت بأمر خفى على البينة الأخرى ، والبينة الأخرى شهدت بالأصل ، فيمكن أنه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى .

ولو مات رجل وترك داراً فادعى ابنه أنه خلفها ميراثاً ، وادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، وأقاما بذلك بينتين ، حكم بها للمرأة ، ولأنها تدعى أمراً زائداً خفى على بينة الإبن ، وسواء شهدت البينة بالشراء وما فى معناه ، بأنه باع ملكه ، أو ما فى يده ، أو لم تشهد بذلك ، وسواء شهدت بالبيع والقبض ، أو لم تذكر القبض ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يثبت الملك للمشترى ولا تزال يد البائع إلا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما فى يده ، لأن البيع المطلق ليس بحجة ، لأنه قد يبيع ما لا يملك .

ولنا : أن بينة البائع أثبتت الملك له ، فإذا أقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في إزالة ملكه عنها إلى المشتري ، فوجب القضاء له بها .

ولو ادعى إنسان داراً في يد رجل أنها لي منذ سنة وأقام بهذا بينة ، فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعي الشراء ، وليس في شهادة البينة الأولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين ، لأنه لا تنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة ، فإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية . فإن قالت بينة الشراء : هو مالكها ، ثبت الملك بغير خلاف ، وإن لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

٨٥٧٤ (فصـــل)

ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر ، وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فهي لمدعي الملك بلا خلاف نعلمه ، لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين ، لأنها قد تكون ملكا له وهي في يد الآخر .

وإن ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين ، وأقام بهذا بينة ، فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين ، فالبينة كاذبة ، والدابة لمن هي في يده .

٨٥٧٥ (فصـــل)

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف ، وشهد أحدهما أنه قضاه ، ثبت الإقرار ، فإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت ، وإلا حلف المقر له أنه لم يقضه ويثبت له الألف . وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاه ألفاً ، تثبت عليه الألف ، لأن شاهد القضاء لم يشهد بألف عليه ، وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه ، والشهادة لا تقبل إلا صريحة بخلاف المسألة الأولى ، فإن البينة أثبتت الألف بشهادتها الصريحة بها .

ولو ادعى أنه أقرضه ألفاً فقال : لا يستحق علىّ شيئاً ، فأقام بينة بالقرض ، وأقام المدّعى عليه بينة أنه قضاه ألفاً ولم يعرف التاريخ ، برىء بالقضاء ، لأنه لم يثبت عليه إلا ألف واحد ، ولا يكون القضاء إلا لما عليه ، فلهذا جعل القضاء للألف الثابتة . وإن قال : ما أقرضتنى ، ثم أقام بينة بالقضاء ، لم تقبل بينته في أنه قضاه للقرض ، لأنه بإنكاره القرض تعين صرفها إلى قضاء غيره ، ولو لم ينكر القرض إلا أن بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها إلى قضاء القرض ، لأنه لا يقضى القرض قبل وجوده .

٨٥٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ولو مات رجل وخلف ولدين: مسلماً وكافراً، فادعى المسلم أن أباه مات مسلماً، وادعى الكافر إن أباه مات كافراً، فالقول قول الكافر مع يمينه، لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافراً مدعياً لإسلامه وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته، كان الميراث بينهما نصفين لتساوى أيديهما ﴾

وجملته: أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه، وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم، والآخر كافر، فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه، فالميراث للكافر، لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً. وهذا خلاف الظاهر، فإن المرتد لا يقر على ردته في دار الإسلام، أو يقول: إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ماقاله أخوه مدّع زواله وانتقاله، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله. وهذا معنى قول الخرق: إن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدّعياً لإسلامه.

وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما في الدعوى سواء، فالميراث بينهما نصفين، كما لو تنازع اثنان عيناً في أيديهما. ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة، لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها، ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تغسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه، ولأن الإسلام[1] يعلو ولا يعلى عليه. ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته، ولم ينته إلى الإمام خبره، وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه.

وقال القاضي: قياس المذهب أنا ننظر، فإن كانت التركة في أيديهما قسمت بينهما نصفين، وإن لم تكن في أيديهما أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف واستحق، كما قلنا فيما إذا تداعيا عيناً. ويقتضي كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه، وهذا لا يصلح، لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة

---

(١) ورد هذا في حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه الدارقطني والبيهقي والضياء المقدسي عن عائذ بن عمرو المزني وعلقه البخاري، ورواه الطبراني في الصغير من حديث عمر. أنظر فيض القدير ج ٣ ص ١٧٩ وتلخيص الحبير ج ٤ ص ١٢٦ (ف).

تركة هذا الميت ، وأنه إنما يستحقها بالميراث فلاحكم ليده . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا ، وهذا قول الشافعى .

ولنا : ماذكرناه من الدليل على ظهور كفره ، وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه ، وأما ظهور حكم الإسلام فى الصلاة عليه ، فلأن الصلاة لاضرر فيها على أحد ، وكذلك تغسيله ودفنه ، وأما قوله: إن الإسلام يعلو ولايعلى ، فإنما يعلو إذا ثبت،والنزاع فى ثبوته ، وهذا فيما إذا لم يثبت . فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه ، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا فى التى قبلها .

ولنا : أن الأصل بقاء ما كان عليه ، وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع . فأما إن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء فى الدعوى لتساوى أيديهما ودعاويهما ، فإن المسلم والكافر فى الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان فى أيديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما . ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

٨٥٧٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلماً، وأقام الكافر بينة أنه مات كافراً، أسقطت البينتان وكان كمن لا بينة لهما . وإن قال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، وقال شاهدان : نعرفه كان مسلماً ، فالميراث للمسلم ، لأن الإسلام يطرأ على الكفر إذا لم يؤرخ شهود معرفتهم ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا خلف الميت ولدين مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أنه مات مسلماً وأقام بذلك بينة، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عرف أصل دينه نظرنا فى لفظ الشهادة ، فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان ، وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعى انتقاله عن دينه ، لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذى تعرفه ، لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذى عرفاه ، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها ، كما لو شهدا بأن هذا العبد كان ملكا لفلان إلى أن مات ، وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع .

فأما إن قال شاهدان: نعرفه قبل موته قد كان مسلماً،وقال شاهدان: نعرفه كان كافراً، نظرنا فى تاريخهما، فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما ، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الآخرة، وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم، لأن المسلم لا يقر على الكفر فى دار

الإسلام ، وقد يسلم الكافر فيقر . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت فى شهادتهما ، فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان ، وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعاضتان . وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه . وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقى : تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما . وقد ذكرنا روايتين آخرتين :

إحداهما : يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ

والثانية : تقسم بينهما ، ونحو هذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تقدم بينة الإسلام على كل حال . وقد مضى الكلام معه . وقول الخرقى فيما إذا قال شاهدان : نعرفه كان مسلماً ، وقال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، محمول على من لم يعرف أصل دينه ، أو علم أن أصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً فى الأصل فينبغى أن تقدم بينة الكفر ، لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه فى الأصل .

٨٥٧٨ (فصـــــل)

وإن خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلفا فى دينه حال الموت ، فالحكم فيها كالتى قبلها ، وهكذا سائر الأقارب ، إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الأقارب ويختلفون فى دينه ، فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه ، لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان كافراً وأن الإبنين يدّعيان إسلامه ، فيكون القول قول الأبوين ، وإن كانا مسلمين فالقول قولهما فى إسلامه ، لأن كفره ينبنى على أنه كان مسلماً فارتد ، أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

٨٥٧٩ (فصـــــل)

ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها ، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت ، فادعت أنها أسلمت قبل موته ، فأنكرها الورثة ، فالقول قول الورثة ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم ما ادعوه عليها . وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم ، فالقول قولها . وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها ، فالقول قولهم . وإن اختلفوا فى انقضاء عدتها ، فالقول قولها فى أنها لم تنقض ، لأن الأصل بقاؤها ، ولا نعلم فى هذا كله خلافاً ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور .

ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم فى حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه ، لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله ، وعلى أخيه اليمين ، ويكون على نفى العلم ، لأنها على نفى فعل أخيه ، إلا أن يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل القسمة ، فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له . وإن كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا فى

حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها . وإن لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً ، فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر ، فالقول قوله والميراث بينهما ، لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما .

٨٥٨٠ (فصــــل)

وإن أسلم أحد الإبنين فى غرة شعبان ، وأسلم الآخر فى غرة رمضان ، واختلفا فى موت أبيهما ، فقال الأول منهما : مات فى شعبان فورثته وحدى . وقال الآخر : مات فى رمضان ، فالميراث بينهما ، لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها . فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان .

والثانى : تقدم بينة موته فى شعبان ، لأن معها زيادة علم ، لأنها بينت موته فى شعبان، ويجوز أن يخفى ذلك على البينة الأخرى .

٨٥٨١ (فصــــل)

وإن اختلفا فى دار ، فادعى أحدهما أن هذه دارى ورثتها من أبى ، وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه ، وليس أحدهما أخاً للآخر ، وكانت فى يد أحدهما ، فهى للذى هى فى يده ، سواء كان مسلماً أو كافراً . وإن كانت فى أيديهما فهى بينهما . وإن كان لكل واحد منهما بينة وهى فى أيديهما تعارضتا ، وكان الحكم فيها على ما قدمنا فى مثلها .

٨٥٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها : ماتت قبل ابنها فورثناها ، ثم مات ابنى فورثته . وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث الإبن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ﴾ .

وجملته : أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً ، واختلف الأحياء من ورثتهم فى أسبقهم بالموت ، كامرأة وابنها ماتا ، فقال الزوج : ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لى، ولابنى، ثم مات ابنى فصار ميراثه لى. وقال أخوها : مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ، ثم ماتت فكان ميراثها بينى وبينك نصفين ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه ، لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود ، وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، فيكون ميراث الإبن لأبيه لا مشارك له فيه ، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين ، وهذا مذهب الشافعى .

فإن قيل : فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع .

قلنا : بل هو مدّع له كله ، ربعه بميراثه منها ، وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه . قال أبو بكر :وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ ، وهذا تعليل لقول الخرقى فى هذه المسألة . وذكر قولا آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين قال : وهذا اختيارى أن كل رجلين ادعيا ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدرى ما أراد به ، إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقى وليس بقول آخر ، وإن أراد أن مالها ومال الإبن بينهما نصفين لم يصح ، لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقيناً ، لأنه لا يدعى من مال الإبن أكثر من سدسه ، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه . وإن أراد أن ثلث مال الإبن يضم إلى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح ، لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما فى نصفه . ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفى ، كما لو تنازع رجلان داراً فى أيديهما ، فادعاها أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، فإنها تقسم بينهما نصفين ، وتكون اليمين على مدعى النصف . إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعيه وهى فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه . وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين ، فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما ، وإنما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما . وإن أرادا أن يضم سدس مال الإبن إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه ، لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم بينهما ، كما لو تنازعا دابة فى أيديهما ، وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به .

والذى يقتضيه قول أصحابنا فى الغرقى والهدمى أن يكون سدس ميراث الإبن للأخ وباقى الميراثين للزوج ، لأننا نقدر أن المرأة ماتت أولا ، فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الإبن فورث الزوج كل ما فى يده ، فصار ميراثها كله لزوجها . ثم نقدر أن الإبن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث ، ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين ، لكل واحد منهما السدس ، فلم يرث الأخ إلا سدس مال الإبن كما ذكرنا . ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل به . والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبى بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وأن الآخر مات قبله ، فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وإن أقاما بينتين تعارضتا ، وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما ، أو يقتسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث ، والله أعلم .

٨٥٨٣ (فصـــــــل)

ولو كان فى يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، أو أنها اشترتها منه فأنكرها ، فالقول

قوله مع يمينه ، لأن القول قول المنكر مع يمينه . وإن أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة ، لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج . وإن مات الرجل وخلف ابناً فادعى الإبن أنه خلف الدار ميراثاً ، وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين ، قدمت بينة المرأة لذلك ، فإن لم تكن بينة فالقول قول الإبن مع يمينه لا نعلم فى هذا خلافاً .

٨٥٨٤ (فصـــــــل)

وإذا ادعى رجل أنه اكترى بيتاً من دار لرجل شهراً بعشرة ، فادعى الرجل أنه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ، ولا بينة لواحد منهما ، فقد اختلفا فى صفة العقد فى قدر المكترى فيتحالفان ، وقد مضى حكم التحالف فى البيع .

وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة ، وقال المشترى : بل هو والعبد الآخر بعشرة ، فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفاً ، لأن المشترى يدعى بيعاً فى العبد الزائد ينكره البائع ، والقول قول المنكر ، وهذا مثله . فعلى هذا يكون القول قول المكرى مع يمينه إذا عدمت البينة . وإن أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له ، وإن كان مع كل واحد بينة تعارضتا ، سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو إحداهما مؤرخة والأخرى مطلقة ، لأن العقد على البيت مفرداً وعلى الدار كلها فى زمن واحد محال .

فإن قلنا : تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة .

وإن قلنا : يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة ، وهذا قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى . وعلى قول أبى الخطاب تقدم بينة المكترى لأنها تشهد بزيادة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى .

فإن قيل : فهلا أوجبتم الأجرتين معاً على المكترى كما قلتم فيما إذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران ؟

قلنا : ثَمَّ يجوز أن يكون المهران مستقرين ، بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعها ثم يتزوجها يوم الجمعة ، وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضى الزمان ، فإذا عقد عقداً قبل مضى المدة لم يجز أن تجب الأجرتان .

٨٥٨٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبى ألفاً ، وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبى ألفاً ، كان على ولىّ الصبى أن يطالب أحدهما بالألف ، إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف الذى شهدت به الأخرى فيأخذ الولى الألفين ﴾ .

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين ، فإن الولى يطالب بالألفين جميعاً ، لأن كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أداؤها ، وعلى الولى أن يطالب بها ، كما لو أقر كل واحد منهما بألف ، وأما إن كان المشهود به ألفاً معيناً ، فشهدت بينة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا ألف واحد ، وللولى مطالبة أيهما شاء ، لأنه قد ثبت أن كل واحد منهما أخذ الألف ، فإن كان لم يرده فقد استقر فى ذمته ، وإن كان رده إلى الصبى لم تبرأ ذمته برده إليه ، لأنه ليس له قبض صحيح ، فإن غرمه الذى لم يرده لم يرجع على أحد ، لأنه استقر عليه ، وإن غرمه الراد له ، رجع على الذى لم يرده ، فإن غرمه أحدهما فادعى أن الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه ، فالقول قول الآخر مع يمينه ، لأن الأصل عدم استقراره عليه .

٨٥٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب ، فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه ، جعلناهما أخوين ، وإن كانا سبياً فادّعيا ذلك بعد أن أعتقا ، فميراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين ، فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه ﴾ .

وجملته: أن أهل الحرب إذا دخلوا إلينا مسلمين أو غير مسلمين ، فأقر بعضهم بنسب بعض ، ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة بإقرارهم ، ولأنه إقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل كإقرارهم بالحقوق المالية ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وإن كانوا سبياً فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضاً ، سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ، ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا ، أى محمولا ، كما يقال للمقتول : قتيل ، وللمجروح: جريح، لأنه حمل من دار الكفر . وقيل : سمى حميلا لأنه حمل نسبه على غيره وإن شهد بنسبه الكفار لم تقبل ، وعن أحمد رواية أخرى أن شهادتهم فى ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به فى الغالب ، فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم، والمذهب الأول ، لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى ، وإنما لم يقبل إقرارهم لما فى ذلك من الضرر على السيد بتفويت إرثه بالولاء على تقدير العتق ، وإن صدقهما معتقهما قبل ، لأن الحق له ، وإن لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض ، وميراث كل واحد منهما لمعتقه ، وهذا قول الشافعى فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم ، وإن أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يقبل .

والثانى : يقبل ، لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به .

والثالث : إن أمكن أن يستولد بعد عتقه قُبل ، لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه ، وإلا لم يقبل لأنه لا يملك

قبل عتقه ، أو يستولد قبل عتقه . ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الإقرار من الأحرار الأصليين ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ، ووافقه المقر له فيه فقبل ، كما لو أقر من له أخ بنسب ابن ، وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه .

ولنا : ما روى الشعبي[1] « أن عمر رضى الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة » رواه سعيد . وقال أيضاً : حدثنا سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب قال : كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلا إلا ببينة ، ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل ، كما لو أقر أنه مولى لغيره ، فإن غيره شريكه فى ولائه . وفارق الإقرار من الحر الذى له أخ ، لأن الولاء لحمة كلحمة النسب فجرى مجراه ، ولأن الولاء ثبت عن عوض والإخوة بخلافه . ألا ترى أنه لو قال لغيره : اعتق عبدك عنى وعلىّ ثمنه صح ولم يثبت له إلا الولاء ؟ وإذا ثبت أنه بعوض كان أقوى من النسب . وإنما قدمنا النسب فى الميراث لقربه لا لقوته كما نقدم ذوى الفروض على العصبة مع قربهم .

٨٥٨٧ (فصـــل)

وإذا كانا مختلفى الدين لم يثبت النسب بإقرارهما وإن لم يتوارثا ، لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث . ولذلك لو أقرا بالنسب فى حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق ، وإن ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه احتمل أن يقبل إقراره ، لأنه لا ولاء عليه ، فيقبل إقراره لوجود المقتضى لقبوله وانتفاء المعارض . واحتمل أن لا يقبل ، لأنه يرثه المسلمون ، ولأنه إذا لم يقبل إقرار الأصول فالفروع أولى .

فإن قلنا : يقبل إقرارهما فأقر أحدهما لأبى الآخر أنه عمه ، لم يثبت الإقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه ، لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق له ، وهل يثبت بالنسبة إلى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الأخ ، فلا تفضى صحة الإقرار إلى إسقاط الولاء ، والأولى أنه لا يثبت ، لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين فلم يثبت فى الآخر .

---

(١) فى سنن الدارمى ج ٢ ص ٢٧٩ « عن الشعبى قال : كتب عمر بن الخطاب إلى شريح الا يورث الحميل إلا ببينة وإن جاءت به فى خرقها » وفيه « عن إبراهيم قال : لم يكن أبو بكر وعمر وعثمان يورثون الحميل » .
وفى منتخب كنز العمال ج ٤ ص ٢٢٨ ذكر كتاب عمر إلى شريح وعزاه إلى عبد الرزاق وابن أبى شيبة والبيهقى فى السنن قال : وضعفه (ف) .

٨٥٨٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان الزوجان فى البيت ، فافترقا ، أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما فى البيت أنه له أو ورثته ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين ﴾ .

وجملة ذلك : أن الزوجين إذا اختلفا فى متاع البيت أو فى بعضه ، فقال كل واحد منهما : جميعه لى ، أو قال كل واحد منهما : هذه العين لى ، وكانت لأحدهما بينة ، ثبت له بلا خلاف ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة ، فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والأقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك ، القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما كالمفارش والأوانى فهو بينهما ، وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة ، وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر .

قال أحمد فى رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان فى الرجل يطلق زوجته ، أو يموت فتدعى المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء ، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما ، وإن كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه ، وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع ، وقال فى رواية مهنا : وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك ، وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى .

وقال القاضى : هذا إنما هو فيما إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان فى يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وإن كان فى أيديهما قسم بينهما نصفين ، سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، إلا أنهما قالا : ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه ، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقى منهما ، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليـــد الحكمية ، بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار فى الإبرة والمقص كانت للخياط .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها ، وقال مالك : ما صلح لكل واحد منهما فهو له ، وما صلح لهما كان للرجل ، سواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السكنى .

وقال الشافعى وزفر والبتى : كل ما فى البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه .

وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، لأنهما تساويا فى ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة ، فلم يقدم أحدهما على صاحبه ، كالذى يصلح لهما أو كما لو كان فى يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك .

ولنا : أن أيديهما جميعاً على متاع البيت، بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبى كان القول قولهما، وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم ، كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها ، أو قميصاً أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه ، أو جداراً متصلا بدار أحدهما معقوداً ببناء أحدهما أو له عليه أزج[1] .

ولنا على أبى حنيفة والقاضى : أنهما تنازعا فيما فى أيديهما ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه ، أشبه ما إذا كان فى اليد الحكمية . فأما ما كان يصلح لهما فإنه فى أيديهما ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه . أشبه ما إذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للنافى أن وارث الميت قائم مقامه ، أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلا ، فأما إذا لم يكن لهما يد حكمية ، بل تنازع رجل وامرأة فى عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحية ذلك له ، بل إن كانت فى أيديهما فهى بينهما ، وإن كانت فى يد أحدهما فهى له ، وإن كانت فى يد غيرهما اقترعا عليها ، فمن خرجت له القرعة فهى له واليمين على من حكمنا بها له فى كل المواضع ، لأنه ليس لها يد حكمية فأشبها سائر المختلفين .

٨٥٨٩ (فصـــــل)

وإذا كان فى الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها ، حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار ، وآلة النجارين للنجار . وإن لم يكونا فى دكان واحد لكن اختلفا فى عين ، لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له كما ذكرنا فى الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين .

٨٥٩٠ (فصـــــل)

وإذا اختلف المكرى والمكترى فى شىء فى الدار نظرت ، فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهو للمكترى ، لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وإن كان فى شىء مما يتبع فى البيع كالأبواب المنصوبة ، والخوابى المدفونة ، والرفوف المسمرة ، والسلاليم المستمرة ، والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتانى فهو للمكرى ، لأنه من توابع الدار ، فأشبه الشجرة المغروسة فيها . وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : إذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار ،

(١) قوله (أو له عليه أزج) أى لأحدهما عليه أزج ، والأزج بفتح الهمزة والزاى . قال ابن البناء : هو القبو وقال الجوهرى : ضرب من الأبنية ا هـ من كتاب شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٥١٩ .
وفى القاموس ج ١ ص ١٨٤ أزجه تأزيجاً : بناه وطوله وعليه فالأزج : بناء مطول .(ف)

فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها . وقال القاضى : كلام أحمد محمول على المسمرة ، فأما غير المسمرة فهى بينهما إذا تحالفا ، لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش ، وهذا ظاهر يشهد للمكترى ، وللمكرى ظاهر يعارض هذا وهو أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا ، وهذا مذهب الشافعى .

فعلى هذا إذا تحالفا كانت بينهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف .

وذكر القاضى فى موضع آخر وأبو الخطاب أنه إن كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما ، لأنه إذا كان له شكل منصوب فى الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها . والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر .

وكذلك إن اختلفا فى مصراع باب مقلوع ، فالحكم فيه كما ذكرنا ، لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه ، فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقانى من الرحا ، والمفتاح مع السكرة . ووجه ظاهر كلام أحمد فى أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف فى الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه ، فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب ، ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار ، فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقانى من الرحا إذا كان السفلانى منصوباً ومفتاح السكرة المسمرة .

٨٥٩١ (فصل)

وإذا كان الخياط فى دار غيره فاختلفا فى الإبرة والمقص فهى للخياط ، لأن تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر معه ، لأن الإنسان إذا دعا خياطاً ليخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه ، وإن اختلفا فى القميص فهو لصاحب الدار ، إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه فى دار غيره ، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها .

وإن اختلف صاحب الدار والنجار فى القدوم والمنشار وآلة النجارة فهى للنجار . وإن اختلفا فى الخشبة المنجورة والأبواب والرفوف المنشورة فهى لصاحب الدار .

وإن اختلف النجاد ورب الدار فى قوس الندف فهو للنجاد . وإن اختلفا فى الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار .

وإن اختلف رب الدار والسقا فى القربة فهى للسقا . وإن اختلفا فى الخابية والجرار فهى لصاحب الدار لما ذكرنا .

٨٥٩٢ (فصل)

وإذا تنازع رجلان دابة ، أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها ، فالراكب أولى بها ، لأن تصرفه فيها

أقوى ويده آكد وهو المستوفى لمنفعتها . وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهى لصاحب الحمل لذلك . وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكب عليها فهى للراكب ، لأنه أقوى تصرفاً . وإن اختلفا فى الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب ، لأن يده على الدابة والحمل معاً . فأشبه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار فى قماش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب فى السرج فهو لصاحب الدابة ، لأن السرج فى العادة يكون لصاحب الفرس .

وإن تنازع اثنان فى ثياب على عبد لأحدهما فهى لصاحب العبد ، لأن يد العبد عليها . وإن تنازع صاحب الثياب والآخر فى العبد اللابس لها فهما سواء ، لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب. ومذهب الشافعى فى هذا الفصل والذى قبله كما ذكرنا .

٨٥٩٣ (فصـــل)

فإن اختلف صاحب أرض ونهر فى حائط بينهما فهو لهما، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب النهر لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ومحمد : هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه .

ولنا : أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما ، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما أو حائط بين داريهما. وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان . وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما فهو بينهما لذلك . وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذى يحصل له دون النصف الآخر ، لأن ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه ، كالمدعى لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه

٨٥٩٤ (فصـــــل)

وإن تنازعا عمامة طرفها فى يد أحدهما وباقيها فى يد الآخر ، أو قميصاً كمه فى يد أحدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها ، لأن يد الممسك بالطرف عليها ، بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض فنازعه فيها غيره كانت له ، وإذا كانت فى أيديهما تساويا فيها . ولو كانت دار فيها أربعة أبيات وفى أحد أبياتها ساكن وفى الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها ، كان لكل واحد ما هو ساكن فيه ،لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ، ولا يشاركه الخارج منه الساكن فيه فى ثبوت اليد عليه . ولو تنازعا الساحة التى يتطرق منها إلى البيوت فهى بينهما نصفين لاشتراكهما فى ثبوت اليد عليها ، فأشبهت العمامة فيما ذكرنا .

٨٥٩٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه ، لما روى عن

النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي ﴾ .

وجملته : أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه ، لأنه لا يجوز أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه ، لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين ، فإن أتلفها أو تلفت فصارت دَيناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي . وإن كان مانعاً له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف ، وإن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً أو عوضه إن كان تالفاً ولا يحصل التقاص هاهنا ، لأن الدَّين الذي له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها . وإن كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضاً بغيره ، لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه ، فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله . وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا ، فالمشهور في المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه ، وهو إحدى الروايتين عن مالك .

قال ابن عقيل : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم « خذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف » وقال أبو الخطاب : ويتخرج لنا جواز الأخذ ، فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره ، وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ، ومن قول أحمد في المرتهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمرأة تأخذ مؤنتها ، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا .

وقال الشافعي : إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه ، وإن كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان . والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دَين فله أن يأخذ بقدر حقه ، وان كان عليه دَين لم يجز لأنهما يتحاصان في ماله إذا أفلس .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه ، وإن كان المال عرضاً لم يجز ، لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضاء من المتعاوضين . قال الله تعالى (إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ[1]) .

واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي ، فقال : خذي ما يكفيكِ

(١) سورة النساء آية ٢٩ .

وولدكِ بالمعروف » متفق عليه ، وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذى له الحق على الرجل .

ولنا :قول النبى صلى الله عليه وسلم « أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » رواه الترمذى وقال حديث حسن . ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل فى عموم الخبر .

وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه[1] » ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه ، فإن التعيين إليه . ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول : اقضنى حقى من هذا الكيس دون هذا ؟ ولأن كل مالا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دَين ، لا يجوز له أخذه إذا كان له دَين كما لو كان باذلاً له .

وأما حديث هند فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه فى كل وقت . وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة فى المحاكمة فى كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدَّين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة ، فكأن الحق صار معلوماً بعلم قيام مقتضيه ، وبينهما فرقان آخران :

أحدهما : أن للمرأة من التبسط فى ماله بحكم العادة ما يؤثر فى إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبى .

الثانى : أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة ، وهذا مما لا يصبر عنه . ولا سبيل إلى تركه ، فجاز أخذ ماتندفع به هذه الحاجة بخلاف الدَّين حتى نقول : لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ، ولو وجب لها عليه دَين آخر لم يكن لها أخذه .

فعلى هذا إن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً وجب مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان متقوّماً . فإن كان من جنس دَينه تقاصا وتساقطا فى قياس المذهب ، وإن كان من غير جنسه لزمه غرمه .

ومن جوّز من أصحابنا الأخذ فإنه قال : إن وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة ، وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه ، لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه ، وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا : الرهن ينفق عليه إذا كان مركوباً أو محلوباً يركب ويحلب

---

(١) أخرجه الدارقطنى عن أنس ، وأخرجه الدارقطنى وأحمد عن أبى حرة الرقاشى عن عمه كما فى الدارقطنى ج ٣ ص ٢٥ ، ٢٦ ومسند أحمد ج ٥ ص ٧٢ (ف)

بقدر النفقة وهى من غير الجنس . واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم منجوّز له هذا ، ومنهم من قال يواطئ رجلا يدعى عليه عند الحاكم دَيناً فيقر له بذلك الشىء الذى أخذه فيمتنع مَن عليه الدعوى من قضاء الدَّين ليبيع الحاكم الشىء المأخوذ ويدفعه إليه .

٨٥٩٦ (فصـــــل)

إذا ادعى إنسان على إنسان حقاً ، وأقام به شاهدين ، فلم يعرف الحاكم عدالتهما ، فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده ، أجيب إلى ذلك ، لأن الظاهر من المسلمين العدالة ، ولأن الذى على الغريم قد أتى به ، وإنما بقى ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود . وإن أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين لم يحبس المدعَى عليه ، لأن البينة ما تمت والحبس عذاب ، فلا يتوجه عليه دون تمام البينة ، وإن كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان :

أحدهما : يحبس له ، لأن الشاهد الواحد حجة فى المال ، وإنما اليمين مقوية له .

والثانى : لا يحبس وهو الصحيح ، لأنه إن حبس ليقيم شاهداً آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التى لا تثبت إلا بشاهدين . وإن حبس ليحلف معه فلا حاجة إليه ، فإن الحلف ممكن فى الحال ، فإن حلف ثبت حقه وإلا لم يجب شىء . ويحتمل أن يقال : إن كان المدعى باذلاً لليمين والتوقف لأجل إثبات عدالة الشاهد حبس لما ذكرنا فى التى قبلها ، وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضى : وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم ، وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقال للمشهود له : إن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث وإلا أطلقناه .

٨٥٩٦ (فصـــــل)

وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهدين ولم يعدلا ، فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود ، فعلى الحاكم ذلك ، ويؤجره من ثقة ، وينفق عليه من كسبه ، ويحبس الباقى ، فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقى من كسبه ، وإن فسقا رد إلى سيده ، وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأننا لو لم نحل بينهما أفضى إلى أن تكون أمَة فيطأها . وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان .

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما ، لأن البينة لم تتم ، وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين ، فلا يثبت بشاهد واحد ، والله أعلم .

كتاب العتق (١)

العتق فى اللغة : الخلوص ، ومنه عتاق الخيل ، وعتاق الطير ، أى خالصها . وسمى البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدى الجبابرة .

---

(١) أبواب العتق والتدبير والمكاتبة والاستيلاد وما تناولته من أحكام تظهر بوضوح جمال موقف الإسلام من الأرقاء ومدى تشوفه إلى حريتهم وتكشف زيف اتهام الإسلام بأنه يهدر كرامة الإنسان وحريته بإباحته للاسترقاق وفى الحق أن هذا الاتهام يعوزه النظرة الشاملة للظروف التى لابست إباحته. والقاضى العادل النزيه لا يدلى بحكمه إلا بعد دراسة شاملة للقضية وما لابسها ليكون حكمه صائباً ، فالقتل وهو جريمة قد ينتفى عنه وصف الإجرام حين يكون دفاعاً حتمياً عن النفس .

وفى موضوع الرق ينبغى أن نذكر أن الإسلام لم يكن أول من شرعه فقد كان مشروعاً فى معظم دول العالم تقره قوانينها ودياناتها .

فى اليونان شاع نظام الرق وأقره إفلاطون وأرسطو .

والقانون الرومانى أباح أن يسترق الدائن مدينه إذا لم يف بدينه كما أباح استرقاق الأسرى والتلهى بقتلهم وتعذيبهم .

كذلك رضى الفرس هذا النظام ، وكانوا يتغاضون عن هفوة الرقيق الأولى لكنهم أباحوا فى المرة الثانية تعذيبه بل قتله .

والإسرائيليون أباحوا استرقاق أهل المدن المفتوحة من النساء والأطفال، أما الرجال فليس لهم عندهم إلا القتل ما لم يتم صلح معهم، ففى سفر التثنية الإصحاح ٢٠ الآية ١٠ — ١٥ « حين تقرب من مدينة لكى تحاربها استدعها إلى الصلح فإن أجابتك إلى الصلح وفتحت لك فكل الشعب الموجود فيها يكون لك للتسخير ويستعبد لك وإن لم تسالمك بل عملت معك حرباً فحاصرها وإذا دفعها الرب إلهك إلى يدك فاضرب جميع ذكورها بحد السيف ، وأما النساء والأطفال والبهائم وكل ما فى المدينة كل غنيمتها فتغتنمها لنفسك وتأكل غنيمة أعدائك التى أعطاك الرب إلهك » .

والبراهمة كانوا يعاملون للنبوذين (طبقة السودرا) معاملة الخدم والرقيق وكانوا يعاملون الأرقاء بقسوة ، وإن كانوا — يا للعجب — يعاملون الحيوانات برحمة .

والمسيحيون أقروا الرق وأوصوا بالأرقاء خيراً كما أوصوهم بطاعة أسيادهم . جاء فى رسالة بولس إلى أهل كولوسى الإصحاح الثالث ٢٢ أيها العبيد أطيعوا فى كل شىء سادتكم حسب الجسد لا بخدمة العين كمن يرضى الناس بل ببساطة القلب خائفين الرب .

وفى الإصحاح الرابع ١ أيها السادة قدموا للعبيد العدل والمساواة عالمين أن لكم أنتم أيضاً سيداً فى السموات =

وهو فى الشرع : تحرير الرقبة وتخليصها من الرق ، يقال : عتق العبد وأعتقته أنا ، وهو عتيق ومعتق .

= ومثل هذا جاء فى رسالته إلى أهل أفسس الإصحاح السادس ٥ — ٩.

وفى رسالته الأولى إلى تيموثاوس الإصحاح السادس ٢،١ .

وفى رسالته إلى تيطس الإصحاح الثانى ٩ .

وفى رسالة بطرس الأولى الإصحاح الثانى ١٨ .

هكذا كان الرق موجوداً قبل الإسلام فى الدول المجاورة ومعترفاً به فى الديانات المختلفة ، وكذلك كان فى بلاد العرب ، وفى العصر الذى بزغ فيه فجر الاسلام والذى سبقه كان الرق عماد الحياة الاقتصادية وقوام الحياة الاجتماعية ، فإقرار الإسلام له آنئذ كان تحت تأثير هذه الظروف ، وجرياً على مبدأ (المعاملة بالمثل) ، ومع هذا نلاحظ أنه قلل الروافد ، ووسع المنافذ ، ليتلاشى أمره وينتهى بالتدريج .

ولكى ندرك هذا ينبغى أن نتعرف أسباب الرق التى ارتضاها الإسلام وأسبابه التى شاعت فى غيره .

لقد كان من أسباب الرق انتماء الشعب إلى جماعة معينة كما هو حال المنبوذين مع البراهمة وكان من أسبابه الخطف، والحرب، وارتكاب بعض الجرائم ، والعجز عن سداد الدين وسلطة الوالد على ولده فله أن يبيعه ، وسلطة الإنسان على نفسه فله أن يبيعها وتناسل الرقيق .

فجاء الإسلام فألغاها جميعاً عدا رق الحرب ورق الوراثة.

وفى رق الوراثة استثنى أولاد الإماء من سيدهن إذا اعترف بهم، وفى رق الحرب اشترط أن تكون الحرب شرعية أى أعلنها الإمام لسبب مشروع متبعاً فيها تعاليم الإسلام وبشرط أن يختار الاسترقاق إذ يجوز له أن يطلق الأسير دون مقابل أو بفدية أو ببدل من أسرى المسلمين .

ولحكمة ما ذكر القرآن المن والفداء دون الرق قال تعالى (فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما مناً بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها) سورة محمد آية ٤ .

إلى جانب هذا أكثر الإسلام منافذ العتق حيث جعله كفارة للظهار ولليمين وللقتل ولفطر رمضان ، وجعل من أسبابه التلفظ به صراحة ولو من غير قصد ، والمكاتبة والتدبير والاستيلاد ، وإيذاء العبد إيذاء بليغاً — عند أحمد — كذلك جعل سهماً من أسهم الزكاة يصرف فى تحرير الرقاب ، ولم يكتف بهذا بل رغب فى العتق بأساليب متنوعة ، ففى القرآن يقول تعالى (فلا اقتحم العقبة.وما أدراك ما العقبة.فك رقبة) وعن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أيما رجل أعتق امرءاً مسلماً استنقذ الله تعالى بكل عضو منه عضواً من النار » زاد فى رواية أخرى «حتى فرجه بفرجه» أخرجه الشيخان والترمذى.ومع بقاء الرق يدعو الإسلام إلى حسن معاملة الرقيق .

عن أبى ذر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يطعم وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم من العمل ما يغلبهم فإن كلفتموهم ما يغلبهم فأعينوهم» أخرجه البخارى ومسلم. =

والأصل فيه الكتاب ، والسنة، والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ [١]) وقال تعالى (فَكُّ رَقَبَةٍ [٢]) .

وأما السنة فما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق رقبة

= وعن ابن عمر قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله كم أعفو عن الخادم؟ فصمت صلى الله عليه وسلم ثم سأله فقال : يارسول الله كم أعفو عن الخادم ؟ فقال : أعف عنه فى كل يوم سبعين مرة » .

وعنه أيضاً قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من لطم مملوكا له أو ضربه فكفارته أن يعتقه» أخرجهما أبو داود .

وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العبيد : إن أحسنوا فاقبلوا وإن أساءوا فاعفوا ، وإن غلبوكم فبيعوا » أخرجه البزار .

وعن عمار بن ياسر رضى الله عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ضرب مملوكه ظلماً أقيد منه يوم القيامة » رواه الطبرانى ورواته ثقات .

وعن أبى هريرة قال: قال أبو القاسم نبى التوبة : « من قذف مملوكه بريئاً مما قال أقيم عليه الحد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال » .

وعنه أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقولن أحدكم عبدى وأمتى ، ولا يقول المملوك : ربى وربتى ، وليقل المالك : فتاى وفتاتى ، وليقل المملوك : سيدى وسيدتى فإنكم المملوكون والرب هو الله عز وجل » أخرجهما الشيخان.وعن عمرو بن حريث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ما خففت على خادمك من عمله كان لك أجراً فى موازينك » أخرجه أبو يعلى وابن حبان .

وعن على رضى الله عنه قال : « كان آخر كلام النبى صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة ، اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم » أخرجه أبو داود وابن ماجة .

ومن حسن المعاملة للأرقاء أن الإسلام سمح لهم بإقامة أسرة وأباح لهم الزواج والطلاق رعاية لطبيعتهم وتقديراً لظروفهم .

كذلك جعل أمان العبد فى الحرب كأمان الحر؛ عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم» أخرجه أبو داود وابن ماجة .

بعد هذا الذى قدمناه مؤيداً بأدلته من الكتاب والسنة يتبين تمام حكمة الإسلام فى موقفه من الرق ، وعظيم فضله فى حسن معاملة الأرقاء وسعيه الحثيث فى تخليصهم من الرق بالعتق . (ف)

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) سورة البلد آية ١٣ .

مؤمنة أعتق الله بكل إرْبٍ[1] منها إرْباً منه من النار حتى إنه ليُعْتِقُ اليدَ باليد ، والرِّجْلَ بالرِّجْلِ ، والفرج بالفرج » متفق عليه . فى أخبار كثيرة سوى هذا .

وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به .

٨٥٩٨ (فصـــــل)

والعتق من أفضل القُرَب إلى الله تعالى ، لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء فى رمضان والأيمان ، وجعله النبى صلى الله عليه وسلم فكاكا لمعتقه من النار ، ولأن فيه تخليصاً للآدمى المعصوم من ضرر الرق ، وملك نفسه ومنافعه ، وتكميل أحكامه ، وتمكنه من التصرف فى نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره . وإعتاق الرجل أفضل من إعتاق المرأة ، لما روى كَعْبُ بنُ مُرَّةَ البهزى[2] قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أيما رجلٍ أعتق رجلا مسلماً كان فَكَاكَهُ من النَّارِ ، يُجْزَى بكل عظم من عظامه عظماً من عظامه ، وأيما رجلٍ مُسْلِم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فَكَاكَهُ من النار يُجْزَى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار، تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها » .

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق ، فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع ، أو كَلاًّ على الناس ويحتاج إلى المسألة فلا يستحب عتقه ، وإن كان ممن يخاف عليه للضى إلى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام ، أو يخاف عليه الفساد ، كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق ، أو جارية يخاف منها الزنا والفساد ، كره إعتاقه . وإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً ، لأن التوسل إلى الحرام حرام ، وإن أعتقه صح لأنه إعتاق صدر من أهله فى محله فصح كإعتاق غيره .

٨٥٩٩ (فصـــــل)

ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاد ، ونذكر ذلك فى مواضعه إن شاء الله تعالى ، ولا يحصل بالنية المجردة ، لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة . وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية .

---

(١) إرب بكسر الهمزة وسكون الراء : العضو . (ف)

(٢) ويقـــال مرة بن كعب البهزى السلمى بضم السين . قال ابن السكن: الأكثر يقولون : كعب بن مرة ، وقد رواه بالشك (كعب بن مرة أو مرة بن كعب) أبو داود فى باب أى الرقاب أفضل ج ٢ ص ٣٥٥ وكذلك أحمد فى مسنده ج ٤ ص ٢٣٥ ولفظ (للغنى) هو الوارد فى مسند أحمد . (ف)

فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما ، نحو أنت حر . أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق ، أو أعتقتك ، لأن هذين اللفظين وردا فى الكتاب والسنة ، وهما يستعملان فى العتق عرفاً ، فكانا صريحين فيه . فمتى أتى بشىء من هذه الألفاظ حصل به العتق ، وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً .

قال أحمد فى رجل لقى امرأة فى الطريق فقال : تنحى يا حرة ، فإذا هى جاريته ، قال : قد عتقت عليه . وقال فى رجل قال لخدم قيام فى وليمة : مروا أنتم أحرار ، وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها ، قال : هذا عندى تعتق أم ولده ، ويحتمل أن لا تعتق فى هذين الموضعين ، لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال : عبدى حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق ، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده ، فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال : أنت طالق يحسبها التى ناداها فإنها لا تطلق على رواية ، فكذا هاهنا .

فأما إن قصد غير العتق ، كالرجل يقول : عبدى هذا حر ، يريد عفته وكرم أخلاقه ، أو يقول لعبده : ما أنت إلا حر ، أى إنك لا تطيعنى ولا ترى لى عليك حقا ولا طاعة ، فلا يعتق فى ظاهر المذهب .

قال حنبل : سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه : أنت حر وهو يعاتبه ؟ فقال : إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا ، رجوت أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف إليه ، كما لو نوى بكناية العتق العتق، وبهذا قال الثورى وابن المنذر . قال : وإن طلب استحلافه حلف . وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا ، فيقال : امرأة حرة يعنون عفيفة ، وتمدح المملوكة به أيضاً . ويقال للحيى الكريم الأخلاق : حر ، قالت سبيعة ترثى عبد المطلب شعراً :

ولا تَسْأَمَا أنْ تَبْكِيَا كُلَّ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ على حُرٍّ كَرِيمِ الشَّمَائِلِ

وأما الكناية فنحو قوله : لا سبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك ، وأنت سائبة ، واذهب حيث شئت ، وقد خليتك . فهذا إن نوى به العتق عتق ، لأنه يحتمله ، وإن لم ينوه به لم يعتق ، لأنه يحتمل غيره ، ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله : لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين :

إحداهما : أنه صريح .

والثانية : أنه كناية ، وهو الصحيح لما ذكرناه .

فأما إن قال : لا رقّ لى عليك ولا ملك لى عليك وأنت لله ، فقال القاضى : هو صريح ، نص عليه أحمد . وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ، ولا خلاف فى المذهب أنه يعتق به إذا نوى . وممن قال يعتق بقوله

أنت لله إذا نوى : الشعبي والمسيب بن رافع وحماد والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعتق به ، لأن مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله ، وهذا لا يقتضي العتق .

ولنا : أنه يحتمل أنه حر لله ، أو عتيق لله ، أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله ، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات ، وما ذكروه لا يصح ، لأن احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات ، فإنها تحتمل العتق وغيره ، ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه . وما يحتمل أمرين انصرف إلى أحدهما بالنية ، وهذا شأن الكنايات . وما ذكروه من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح وإنما هو كناية . وقوله : لا ملك لي عليك ، ولا رق لي عليك ، خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق ، فلم يكن صريحاً فيه ، كقوله : ما أنت عبدي ولا مملوكي ، وقوله لامرأته : ما أنتِ امرأتي ولا زوجتي .

٨٦٠٠ (فصــــــل)

وإن قال لأَمَته : أنتِ طالق ، ينوي العتق به ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا تعتق به ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الإجارة ، ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الأملاك .

والرواية الثانية : هو كناية تعتق به الأَمَة إذ نوى العتق ، وهو قول مالك والشافعي ، لأن الرق أحد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر ، أو فيكون اللفظ الموضوع لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر ، كالحرية في إزالة النكاح ، ولأن فيه معنى الإطلاق ، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق .

٨٦٠١ (فصــــــل)

فإن قال لأكبر منه ؛ أو لمن لا يولد لمثله : هذا ابني ، مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة : هذا ابني ، لم يعتق ولم يثبت نسبه. وقال أبو حنيفة : يعتق ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا ، لأنه اعترف بما تثبت به حريته ، فأشبه ما لو أقر بها .

ولنا : أنه قول يتحقق كذبه فيه . فلم تثبت به الحرية ، كما لو قال لطفل : هـذا أبي ، أو لطفلة : هذه أمي . قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد إليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ، ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل : هذا أبي ، ولأنه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي ، أو قال لها وهو أسن منها : هذه أمي لم تطلق ، كذا هذا .

٨٦٠٢ (فصــــل)

فإن قال لأمته : أنتِ حرام علىّ ، ينوى به العتق عتقت . وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى لا تعتق ، كقوله لها : أنتِ طالق . والصحيح أنها تعتق به ، لأنه يحتمل أنتِ حرام علىّ لـكونكِ حرة ، فتعتق به ، كقوله : لا سبيل لى عليكِ .

٨٦٠٣ (فصــــل)

ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه فى المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً ، ولا نعلم فى هذا خلافاً إلا عن أبى حنيفة ومن وافقه فى أن عتق الحربى لا يصح ، لأنه لا ملك له على التمام ، بدليل إباحة أخذ الجزية منه ، وانتفاء عصمته فى نفسه وماله .

ولنا : أنه يصح طلاقه فصح إعتاقه كالذمى ، ولأنه مالك بالغ عاقل رشيد ، فصح إعتاقه كالذمى . وقولهم : لا ملك له ، لا يصح . فإنهم قد قالوا إنهم يملـكون أموال المسلمين بالقهر ، فلأن يثبت الملك لهم فى غير ذلك أولى .

٨٦٠٤ (فصــــل)

ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبى والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم . وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبى والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ »[1] ولأنه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة . ولا يصح عتق السفيه المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يصح عتقه قياساً على طلاقه وتدبيره .

ولنا : أنه محجور عليه فى ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبى ، ولأنه تصرف فى المال فى حياته فأشبه بيعه وهبته ، ويفارق الطلاق ، لأن الحجر عليه فى ماله والطلاق ليس بتصرف فيه . ويفارق التدبير ، لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت . ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة . وعتق السكران مبنى على طلاقه ، وفيه من الخلاف ما فيه . ولا يصح عتق المـكره كما لا يصح طلاقه ، ولا بيعه ولا شىء من تصرفاته .

٨٦٠٥ (فصــــل)

ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبيد ولده الصغير ، أو يتيمه الذى فى حجره لم يصح ، وبهذا

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجة وابن حبان والحاكم عن عائشة . (ف)

قال الشافعي وابن المنذر . وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك[1] » ولأن له عليه ولاية ، وله فيه حق ، فصح إعتاقه كماله .

ولنا : أنه عتق من غير مالك فلم يصح ، كإعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر : لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل أنه لا حق له في سائره .

وقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة الملك ، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك ، وإمكان الأخذ من مالك ، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه . وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع إعتاق عبده ، ولأنه إنما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ، ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط بإعتاق رقيقه والتبرع بماله .

ولو قال رجل لعبد آخر : أنت حر من مالي فليس بشيء ، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه . وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء . ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبده : أنت حر من مالي ، فقال : قد رضيت فليس بشيء ، وبهذا قال الثوري وإسحاق .

٨٦٠٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً ، أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ، ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً ﴾ .

وجملته : أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوة معاً ، إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معاً ، أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد ، أو يوكلوا واحداً فيعتقه ، أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه ، فإنه يصير حراً ، وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما الولاء لمن أعتق[2] » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه ، وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون ، أو كان المعتقان الأولان معسرين والثالث موسراً ، فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين :

أحدهما : أنه باطل ، لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفرداً ، إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن جابر ، والطبراني عن سمرة وابن مسعود . (ف)
(٢) أخرجه البخاري عن ابن عمر .(ف)

ونصفه عبد ، كما لا يمـكن أن يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ، ولا سبيل إلى إعتاق جميعه فبطل كله .

والثانى : يعتق كله وتـكون قيمة نصيب الذى لم يعتق فى ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه . وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ، ويردهما قول النبى صلى الله عليـه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فـكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة العـدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه .

وإذا ثبت : أنه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فباقى العبد على الرق ، وإذا أعتقه مالـكه عتق بإعتاقه وكان لـكل واحد منهم ولاء ما أعتق ، لأن الولاء لمن أعتق . ويفارق العتق الطلاق ، لـكون المرأة لا يمـكن الاشتراك فيها ولا ورود النـكاح على بعضها ولا تـكون إلا لواحد ، فنظيره إذا كان العبد لواحد فأعتق جزءاً منه، فإنه يعتق جميعه.

٨٦٠٧ (فصـــل)

وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد : إذا دخلت الدار فنصيبى منك حر ، فدخل عتق عليهم جميعاً ، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو فى دفعات متفرقة ، لأن العتق فى أنصبائهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه .

٨٦٠٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله ، وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه ﴾.

وجملته : أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه ، لا نعلم خلافاً فيه ، لما فيه من الأثر ، ولأنه جائز التصرف أعتق ملـكه الذى لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه ، كما لو أعتق جميع العبد المملوك له . وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه والولاء له ، وهذا قول مالك وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى والشافعى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق .

وقال البتى : لا يعتق إلا حصة المعتق ، ونصيب الباقين باق على الرق ولا شىء على المعتق لما روى ابن التَّلِبِّ[1] عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصاً له فى مملوك فلم يضمنه النبى صلى الله عليه وسلم » ذكره أحمد ورواه ، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فـكذلك العتق ، إلا أن تـكون جارية نفيسة يغالى فيها فيـكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه .

---

(١) ابن التلب اسمه (ملقام) بكسر أوله وسكون اللام ،و (التلب) بفتح التاء وكسر اللام وتشديد البـــاء ، التميمى العنبرى ، مستور كما فى التقريب ج ٢ ص ٢٧٣ والحديث أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٥٠ . (ف)

وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا حصة المعتق ، ولشريكه الخيار فى ثلاثة أشياء إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه ، فيعتق حينئذ .

ولنا : الحديث الذى رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك فى موطئه عن نافع عن ابن عمر ، فأثبت النبى صلى الله عليه وسلم العتق فى جميعه ، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق للموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره .

وروى قتادة عن أبى المليح عن أبيه « أن رجلا من قومه أعتق شقصاً له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه فى ماله وقال : ليس لله شريك[1] » قال أبو عبد الله : الصحيح أنه عن أبى المليح عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه . هذا معنى كلامه. وقول البتى شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه . وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الأحاديث . وقياس العتق على البيع لا يصح ، فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له ، والعتق يسرى ، فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ، ولو أعتق نصفه عتق كله .

وإذا ثبت هذا : فإن ولاءه يكون له ، لأنه عتق بإعتاقه من ماله ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف فى هذا عند من يرى عتقه عليه .

٨٦٠٩ (فصـــــــل)

ولا فرق فى هـــذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين ، أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ، ذكره القاضى ، وهو قول الشافعى .

وقال أبو الخطاب : فى الكافر وجه أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى إلى باقيه ولا يقوم عليه ، لأنه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً .

ولنا : عموم الخبر ، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر ، كالرد بالعيب ، والغرض هاهنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء . ولو قدر أن هاهنا تمليكا لكان تقديراً فى أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه ، فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور

---

(١) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٤٨ وانظر مختصره للمنذرى ومعالم السنن للخطابى ج ٥ ص ٣٩٥ فقد جاء ما نصه « وأخرجه النسائى وابن ماجة ، وقال النسائى : أرسله سعيد بن أبى عروبة وهشام بن عبد الله وساقه عنهما مرسلا . وقال: هشام وسعيد أثبت من همام — وهو الراوى عن قتادة — فى قتادة،وحديثهما أولى بالصواب..

وأبو المليح اسمه عامر ويقال عمير ويقـال زيد وهو ثقة محتج به فى الصحيحين وأبوه:أبو أسامة بن عمير،هذلى بصرى له صحبة ، ولا نعلم أن أحداً روى عنه غير ابنه أبى المليح .

بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم . وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم .

٨٦١٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ فإن أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لأنه قد صار حراً بعتق الأول له ﴾ .

يعنى أن العتق يسرى إلى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة ، فيعتق كله حين لفظ بالعتق ، ويصير حراً ، وتستقر القيمة عليه ، فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعى فى قول له ، واختاره المزنى . وقال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعى فى قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ، ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق ، وهذا مقتضى قول أبى حنيفة ، واحتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « قوّم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد [1] » وفى لفظ رواه أبو داود « فإن كان موسراً يقوّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق [2] » فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ، ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالأداء كالمكاتب . وللشافعى قول ثالث أن العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبينا أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق ، لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا : حديث ابن عمر روى بألفاظ مختلفة تجتمع فى الدلالة على الحرية باللفظ ، فمنها [3] لفظ رواه أيوب عن نافع عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شركا له فى عبد فكان له ما يبلغ ثمنه

---

(١) أخرج البخارى ج ٣ ص ١٨٩ ومسلم ج ٣ ص ١٢٨٦ عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » والحديث أخرجه أيضاً أبو داود ج ٢ ص ٣٤٩ والنسائى ج ٧ ص ٣١٩ وابن ماجة ج ٢ ص ١٠٧ ، ١٠٨ . (ف)

(٢) أنظر سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٥٠ ومختصره ج ٥ ص ٤٠٦ وقد ورد فى صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٨٧ ولفظه « من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه فى ماله قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه فى ماله إن كان موسراً » الوكس : البخس والنقص — الشطط : الجور والمراد لا نقص ولا زيادة .

(٣) فى نسخ المغنى (فمنهما) والصواب (فمنها) . (ف)

بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخارى وأبو داود[١] والنسائى . وفى لفظ رواه ابن أبى مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفى رواية ابن أبى ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذى يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله » .

وروى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً فى مملوك فهو حر من ماله[٢] » .

وهذه نصوص فى محل النزاع ، فإنه جعله حراً وعتيقاً بإعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ، ولأنه عتق بالسراية فكانت حاصلة عقيب لفظه كما لو أعتق جزءاً من عبيده ، ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ، ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق ، وعند الشافعى لا ينفذ بالإعتاق أيضاً ، فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول .

فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه ، فإن الواو لاتقتضى ترتيباً ، وأما العطف بثم فى اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون)[٣] .

وأما العوض فإنما وجب عن المتلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق ، وعدم اعتبار التراضى فيه ، ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة .

فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء ، وولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة ، لأنه قد صار حراً بإعتاقه . وعند مالك يكون ولاؤه بينهم أثلاثاً ولا شىء على المعتق الأول من القيمة . ولو أن للعتق الأول لم يؤد القيمة حتى أفلس ، عتق العبد وكانت القيمة فى ذمته دَيناً يزاحم بها الشريكان عندنا ، وعند مالك لايعتق منه إلا ماعتق، ولو كان المعتق جارية حاملا فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها ، لأنه حينئذ حررها . وعند مالك يقوّم ولدها أيضاً . ولو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق ، لأنه فوّت عليه رقه . وعند مالك لاشىء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته ، فهو فى جميع أحكامه عبد .

---

(١) أخرجة البخارى ج ٣ ص ١٨٩ والنسائى ج ٧ ص ٣١٩ ؛ أما أبو داود فلم يروه بهذا اللفظ بل رواه بألفاظ خرجناها قريباً .(ف)

(٢) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٣٤٩ « من أعتق شقيصاً فى مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » . (ف)

(٣) سورة يونس آية ٤٦ .

٨٦١١ (فصـــــل)

والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق ، لأنه حين الإتلاف ، وهو أحد أقوال الشافعى . وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها ، فإن اختلفا فى قدرها رجع إلى قول المقومين ، فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة ، فالقول قول المعتق ، لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة ذمته منها ، وهذا أحد قولى الشافعى. وإن اختلف فى صناعة فى العبد توجب زيادة القيمة ، فالقول قول المعتق لذلك ، إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة فى الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه ،فالقول قول الشريك، لأننا علمنا صدقه . وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان :

أحدهما : القول قول المعتق. لأن الأصل براءة ذمته .

والثانى : القول قول الشريك ، لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث . وإن اختلفا فى عيب ينقص القيمة كسرقة أو إباق ، فالقول قول الشريك ، لأن الأصل السلامة، فبالجهة التى رجحنا قول المعتق فى نفى الصناعة يرجح قول الشريك فى نفى العيب. وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا فى حدوثه ، فالقول قول المعتق ، لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ، ويحتمل أن يكون القول قول الشريك ، لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق .

٨٦١٢ (فصـــل)

والمعتبر فى اليسار فى هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته ، وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والمسكن وسائر مالا بد له منه يدفعه إلى شريكه ، ذكره أبو بكر فى التنبيه . وإن وجد بعض مابقى بالقيمة قوّم عليه قدر ما يملكه منه ، ذكره أحمد فى رواية ابن منصور ، وهو قول مالك . وقال أحمد: لا تباع فيه دار ولا رباع ، ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال : وقال مالك والشافعى : يباع عليه سوار بيته وما له بالٌ من كسوته ، ويقضى عليه فى ذلك مايقضى عليه فى سائر الدعاوى ، والمعتبر فى ذلك حال تلفظه بالعتق لأنه حال الوجوب ، فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه ، وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه ، لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدَين الإتلاف . نص على هذا أحمد .

٨٦١٣ (فصـــــل)

إذا قال أحد الشريكين لشريكه : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك ، فأعتق نصيبه عتقا معاً ولم يلزم المعتق شىء ، وقيل : يعتق كله على المعتق ، لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه ، فيلزم أن يكون سابقاً عليه ، والأول أولى ، لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عليه ، كما لو وكله فى إعتاق نصيبه مع نصيبه فأعتقهما معاً .

وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر ، فقال أصحابنا : إذا أعتق نصيبه سرى وعتق كله عليه

وقوّم عليه ، ولا يقع إعتاق شريكه ، لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ، ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً ، لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك ، فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما فى حال واحد . وقد يرجح وقوع عتق الشريك ، لأنه تصرف منه فى ملكه ، والسراية تقع فى غير الملك على خلاف الأصل ، فكان نفوذ عتق الشريك أولى ، ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إتلافاً لملك المعصوم بغير رضاه ، وإلزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق ، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى .

وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك ، وقعا معاً إذا أعتق نصيبه ، وهذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى ، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع إعتاق شريكه لأنه أعتق فى زمن ماض . ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح إعتاقه ، لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته ، فيمتنع إعتاق نصيب هذا ، ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضى إلى الدور فيمتنع الجميع ، وقد مضى الكلام فى هذا فى مسائل الطلاق ، والله تعالى أعلم .

٨٦١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإن أعتقه الأول وهو معسر، وأعتقه الثانى وهو موسر ، عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق الثانى ﴾ .

ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه ، بل يبقى على الرق ، فإذا أعتق الثانى نصيبه وهو موسر ، عتق عليه جميع ما بقى منه نصيبه بالمباشرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية ، وصار له ثلثا ولائه ، وللأول ثلثه ، وهذا قول إسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير ، وهو قول مالك والشافعى على الوجه الذى بيناه من قولهما فيما مضى .

وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر .

وروى عن أحمد أن المعسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد فى قيمة حصة الباقين حتى يؤديها فيعتق ، وهو قول ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً له فى مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه أبو داود .

وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة : فإذا استسعى فى نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه ، وعن أبى يوسف ومحمد أنهما قالا : يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك فى ذمته ، لأن العتق لا يتبعض ، فإذا وجد فى البعض سرى إلى جميعه كالطلاق ، ويلزم المعتق

القيمة ، لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته فى ذمته كما لو أتلفه بقتله . وقال أبو حنيفة : لا يسرى العتق وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقى ، فيتخير شريكه بين إعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما ، وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه ، فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما .

ولنا : حديث ابن عمر ، وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ، ولأن الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ، ولأن فى الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد . أما الشريك فإنا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شىء أصلا ، وإن حصل فربما يكون يسيراً متفرقاً ويفوت عليه ملكه ، وأما العبد : فإنا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره ، وهذا ضرر فى حقهما ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

قال سليمان بن حرب : أليس إنما ألزم المعتق ثمن ما بقى من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ، فإذا أمره بالسعى وإعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأى ضرر أعظم من هذا ؟

فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم : ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله : ليس فى الاستسعاء[1] ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، حديث أبى هريرة يرويه ابن أبى عروة[2] ، وأما شعبة وهشام الدستوائى فلم يذكراه ، وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية . قال أبو داود : وهمام أيضاً لا يقوله . قال المروذى : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد . وقال ابن المنذر : لا يصح حديث الاستسعاء ، وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة ، وفرق بين الكلام الذى هو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول قتادة . قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى .

قال ابن عبد البر : حديث أبى هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة فى قتادة ، فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث إذا خالفهم غيرهم . فأما قول أبى حنيفة ، وقول صاحبيه الأخير : فلا شىء معهم يحتجون به من حديث قوى ولا ضعيف ، بل هو مجرد رأى وتحكم يخالف الحديثين جميعاً .

---

(١) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٥٠ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٣٤٢ وفى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٥٦ لكنه فى تهذيب سنن أبى داود لابن قيم ج ٥ ص ٣٩٦ « قال الإمام أحمد : ليس فى الاستسعاء [حديث] « يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم » وبذكر (حديث) يتضح المراد. (ف)

(٢) هكذا فى المغنى طبعة رشيد والفقى لكنه فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٥٦ وتهذيب ابن قيم (ابن أبى عروبة) وهو الصواب فقوله (ابن أبي عروة) تحريف — والمراد (سعيد بن أبى عروبة) كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٤٩. (ف)

قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ، ولا حديث أبي هريرة على وجهه ، وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله ، والله المستعان .

٨٦١٥ (فصل)

إذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله ، وتكون القيمة في ذمة العبد دَيناً يستسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ، ولا يرجع العبد على أحد ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله ، مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية ، لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب . وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق إذا أيسر ، لأنه كلفه السعاية بإعتاقه .

ولنا : أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ، ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه .

٨٦١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق ، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الأول والمعتق الثاني بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما ﴾ .

إنما كان كذلك لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه ، والأول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث ، فاذا خلف العبد مالاً فثلثه للذي لم يعتق ، لأنه مالك لثلثه وثلثاه ميراث ، لأنه ملكهما بجزئه الحر ، فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه ، لأنه أحق من المعتق ، وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء ، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين ، وهذا القول فيما إذا لم يكن مالكُ ثلثه قاسَمَ العبدَ في حياته كَسْبَهُ ولم يُهايِئْهُ ، فأما إن قاسمه أو هأياه فلا حق له في تركته لأنها حصلت بالجزء الحر ، فتكون جميعها ميراثاً لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له في الجزء الحر ، فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به .

٨٦١٧ (فصل)

ومن قال بالسعاية ، فإنه يستسعى حين أعتقه الأول ، فإذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته ، هل حصلت بإعتاق الأول أولا ؟ فمن جعله حراً لم يصحح عتق الثاني ، لأنه عتق بإعتاق الأول ، ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني ، لأنه أعتق جزءاً مملوكا له من عبد ، وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق ، فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر :

٨٦١٨ (فصـــــل)

وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه ، فإن نفقته فى حياته وفطرته وإكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق ، وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه فى أيامه له وعليه ، وفى أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه ، فأما الإكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضى أنها تدخل فى المهايأة لأنها من إكسابه فأشبهت المعتادة . وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر أنها لا تدخل فى المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لأن المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه فى يوم سيده بنصيب سيده فى يومه ، فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن وجوده ، فأما الميراث فلا يدخل فى المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئاً ، لأنه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ، ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

٨٦١٩ (فصـل)

ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم ، وإن أعتق بعضه عتق كله فى قول جمهور العلماء ، وروى ذلك عن عمر وابنه رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعى والثورى والشافعى . قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا : يعتق كله إذا أعتق نصفه . وقال طاوس يعتق فى عتقه ويرق فى رقه . وقال حماد وأبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى فى باقيه . وخالف أبا حنيفة أصحابُه فلم يروا عليه سعاية . وروى عن مالك فى رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات ، فقال : أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأنه تصرف فى بعضه ، فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوّم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد[1] » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً له فى مملوك فهو حر من ماله[2] » ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمى فزال عن جميعه كالطلاق ، ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السماية ولا ينبنى على التغليب والسراية .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه وثلثه ، أو صغيراً كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم فى هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً . وإن أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعى وإسحاق . وقال أصحاب الرأى : إن أعتق رأسه

---

(١) ، (٢) سبق تخريجهما قريباً .(ف)

أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله ، لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونه لم يعتق ، لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق بإعتاقه كشعره أو سنه .

ولنا : أنه أعتق عضواً من أعضائه فيعتق جميعه كرأسه . فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق . وقال قتادة والليث فى الرجل يعتق ظفر عبده : يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه .

ولنا : أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق ، وقد ذكر ذلك فى الطلاق وما ذكر فى الطلاق فالعتاق مثله ، والله أعلم .

٨٦٢٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان العبد بين[1] شريكين ، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه ، فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه ، فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ﴾ .

أما إذا كان الشريكان معسرين ، فليس فى دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ، ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق ، لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسرى إلى غيره ، فلم يكن فى دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه ، فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما فى الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وقد حصل العبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل ، فإن حلف معهما عتق كله ، وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التى تقول : إن العتق يحصل بشاهد ويمين ، وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء ، لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلا دون الآخر ، فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً .

٨٦٢١ (فصل)

ومن قال بالاستسعاء ، فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده ، فيخرج العبد كله ويستسعى فى قيمته ، لاعتراف كل واحد منهما بذلك فى نصيبه .

٨٦٢٢ (فصل)

وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه ، عتق عليه ، ولم يسر إلى النصف الذى كان له ، لأن عتقه حصل

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٥٥ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٣٤٥ (إذا كان العبدين شريكين) وهو تحريف والصواب (إذا كان العبد بين شريكين) (ف)

باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ، ولا يثبت له عليه ولاء ، لأنه لا يدعى إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً ، فهو كمخلص الأسير من أيدى الكفار .

وقال أبو الخطاب : يسرى لأنه شراء حصل به الإعتاق ، فأشبه شراء بعض ولده . وإن أكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه ، لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل ، كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه . وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه ؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ، ويحتمل أن يثبت ، لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه .

وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لا ولاء عليه لواحد منهما . فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه فى شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه ؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر فى شهادته ، بطل البيعان ، ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه ، لأن أحداً لا ينازعه فيه ، وكل واحد منهما يصدق الآخر فى استحقاق الولاء ، ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه ، لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما ، وأنه بينهما إما بالعتق الأول ، وإما بالثانى ، لأنهما إن كانا صادقين فى شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذى أعتقه أولا ، وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه ، وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فلا ولاء للصادق منهما ، لأنه لم يعتق النصف الذى كان له أولا ولا صح عتقه فى الذى اشتراه ، لأنه كان حراً قبل شرائه ، والولاء كله للكاذب ، لأنه أعتق النصف الذى كان له ثم اشترى النصف الذى لشريكه فأعتقه ، وكل واحد منهما يساوى صاحبه فى الاحتمال فيقسم بينهما .

٨٦٢٣ (فصـــل)

وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق ، وبهذا قال الأوزاعى ومالك والشافعى وابن المنذر ، وهو قياس قول أبى حنيفة ، ولا يثبت للمشترى ولاء على العبد ، لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه .

ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما ، أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد ، أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد فى هذه المواضع كلها ، لأن أحداً لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق بنكره . فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له

الولاء ، لأنه لا مستحق له سواه وإنما لم يثبت له لإنكاره له ، فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له ، وأما الموسران إذا أعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وَحده ، أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر ، فإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما . وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وَحده ، أو أنه السابق بالعتق تحالفا وكان الولاء بينهما نصفين .

٨٦٢٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال: ﴿ وإن كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد منهما بحريته ، وصار مدعياً على شريكه نصف قيمته ، فإن لم تكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه ، فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه ، شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر ، لأنه يقول لشريكه : أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ، ولزمك لي قيمة نصيبي ، فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته ، وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه ، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا . فإن نكل أحدهما قضي عليه ، وإن نكلا جميعاً تساقط حقاهما لتماثلهما ، ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين ، والمسلمين والكافرين ، لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى ، بخلاف التي قبلها .

٨٦٢٥ (فصـل)

وإن كان أحد الشريكين موسراً ، والآخر معسراً ، عتق نصيب المعسر وحده ، لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً بإعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ، ولم يعتق نصيب الموسر ، لأنه يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ، ولا تقبل شهادة المعسر عليه ، لأنه يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ، لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته . فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواء حلف الموسر وبرىء من القيمة والعتق جميعاً ، ولا ولاء للمعسر في نصيبه ، لأنه لا يدعيه ، ولا للموسر لذلك أيضاً . وإن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له ، وإن أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً ، وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء . وإن كان للعبد بينة أجنبية تشهد بإعتاق الموسر ، وكانت عدلين ، ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه ، وإن كانت رجلا واحداً حلف العبد معه ، ويثبت العتق في إحدى الروايتين ، والأخرى لا يثبت العتق ، وللمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه ، سواء حلف العبد أو لم يحلف ، لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين .

٨٦٢٦ ﴿ فصـــل ﴾

وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه ، وأنكر الآخر ، وكان المدعى عليـه موسراً عتق نصيب المدعى وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه ، وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسرى لأنه لا يعترف أنه المعتق له ، وإنما عتق باعترافه بحريته لا بإعتاقه له ، ولا ولاء لهعليه لإنكاره له . قال القاضى وولاؤه موقوف . وإن كان المدعى عدلا لم تقبل شهادته لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعاً ، ومن شهد بشهادة يجر إليه بها نفعاً بطلت شهادته كلها ، وأما إن كان المدعى عليهمعسراً ، فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء ، وإن كان المدعى عدلا حلف العبد مع شهادته ، وصار نصفه حراً . وقال حماد : إن كان المشهود عليه موسراً سعى له ، وإن كان معسراً سعى لهما . وقال أبو حنيفة : إن كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما ، وإن كن موسراً فولاء نصفه موقوف ، فإن اعترف أنه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المـال .

٨٦٢٧ ﴿ فصـــل ﴾

إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فنصيبى حر ، وطار ولم يعلماحاله ، فإن كانا موسرين عتق العبد كله ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لمـا ذكرنا ؛ وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما ، لأنه لم يتعين الحنث فيه . فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه ، لأننا علمنا حرية نصفه ولم يسر إلى النصف الآخر . وإن اشترى العبد أجنبى عتق نصفه ، لأن نصفه حر يقيناً لم يملك جميعه .

٨٦٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : (وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين لا يملك غيرهما ، وهمامتساويان فى القيمة ، فقال أحد الإبنين أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما لاأدرى من منهما ، أقرع بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذى اعترف الإبن بعتقه عتق ثلثاه إن لم يجز الإبنان عتقه كاملا وكان الآخر عبداً . وإن وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه ، وكان لمن قرعنا بقوله فيه سـدسه ونصف العبد الآخر ، ولأخيه نصفه وسـدس العبد الذى اعترف أن أباه أعتقه ، فصار ثلث كل واحد من العبدين حراً) .

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان فى مرض الموت أو بالوصية ، لأنه لو أعتقه فى صحته لعتق كله ولم يقف على إجازة الورثة ، فأما إذا اعترفا أنه أعتق أحدهما فى مرضه ، فلا يخلو من أربعة أحوال :

إما أن يعينا العتق فى أحدهما فيعتق منه ثلثاه ، لأن ذلك ثلث جميع ماله ، إلا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق .

الثانى : أن يعين كل واحد منهما العتق فى واحد غير الذى عينه أخوه ، فيعتق من كل واحد منهما ثلثه

لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله فى عتق حقه من الذى عينــه وهو ثلثا النصف الذى له وذلك هو الثلث ، ولأنه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله فى حقه منهما وهو الثلث ، ويبقى الرق فى ثلثــه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذى ينكر عتقه .

والحال الثالث : أن يقول أحدهما : أبى أعتق هذا ، ويقول الآخر : أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما ـ وهى مسألة الكتاب ـ فتقوم القرعة مقام تعيين الذى لم يعين ، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ، وإن وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبــداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه ، فيصير ثلث كل واحد من العبدين حراً .

الحال الرابع : أن يقولا : أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما ، فإنه يقرع بين العبدين ، فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ، إن لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً .

٨٦٢٩ (فصــــل)

فإن رجع الإبن الذى جهل عين المعتق فقال : قد عرفته قبل القرعة ، فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه ، فإن عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه ، وإن عين الآخر عتق منه ثلثه ، وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة ؟ على وجهين .

٨٦٣٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان لرجل نصف عبد ، ولآخر ثلثه ، ولآخر سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران ، عتق عليهما ، وضمنا حق شريكهما فيه نصفين ، وكان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لصاحب النصف ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون ، سرى عتقهم إلى باقى العبد ، ويكون الضمان بينهم على عــدد رءوسهم يتساوون فى ضمانه وولائه ، وبهــذا قال الشافعى ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم ، وهــو قول مالك فى إحدى الروايتين عنــه ، لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما ، وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة .

ولنــا : أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقى ، وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان ، كما لو جرح أحــدهما جرحاً والآخر جرحين فمات منهما ، أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة فى مائع ، وألقى الآخر جزأين . ويفارق الشفعة فإنها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الذى لم يبع فــكان استحقاقه على قدر نصيبه ،

ولأن الضمان هاهنا لدفع الضرر منهما ، وفى الشفعة لدفع الضرر عنهما ، والضرر منهما يستويان فى إدخاله عَلَى الشريك ، وفى الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا .

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين ، فنصف الثلث سدس إذا ضممناه إلى النصف الذى لأحدهما صار ثلثين ، وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً ، وعَلَى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً ، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، ولصاحب السدس ربعه والضمان بينهما كذلك .

فأما قوله : فأعتقاه معاً، فلأنه شرط فى الحكم الذى ذكرناه اجتماعهما فى العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر ، بأن يتلفظا به معاً ، أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معاً ، أو يوكلا وكيلا فيعتقها ، أو يعلقا عتقه عَلَى شرط فيوجد ، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعاً ، وكان الضمان عليه والولاء له كله . وقوله : وهما موسران ، شرط آخر ، فإن سراية العتق يشترط لها اليسار ، فإن كان أحدهما موسراً وحده قوّم عليه جميع نصيب من لم يعتق ، لأن المعسر لا يسرى عتقه فيكون الضمان عَلَى الموسر خاصة ، فإن كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوّم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر ، مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوّم عليه ، ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعاً ، لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف ، لأنه لو كان أحدهما معسراً قوّم الجميع على الآخر ، فإذا كان موسراً ببعضه قوّم الباقى على صاحب النصف لأنه موسر .

٨٦٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كانت الأمَة بين شريكين ، فأصابها أحدهما وأحبلها أُدِّب ، ولم يبلغ به الحد ، وضمن نصف قيمتها لشريكه ، وصارت أم ولد له ، وولده حر وإن كان معسراً كان فى ذمته نصف مهر مثلها ، وإن لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها ، وهى على ملكيهما ﴾ .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى تحريم وطء الجارية المشتركة،لأن الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح، ولم يحله الله تعالى فى غير ملك ولا نكاح، بدليل قوله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ. إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُم فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ . فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ[١]) وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً ، لأن له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئة للحد ، وأوجبه أبو ثور ، لأنه وطء محرم لأجل كونه فى ملك غيره ، فأشبه مالو لم يكن له فيها ملك .

ولنا : أنه وطء صادف ملكه ، فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض ، ويفارق ما لا ملك له فيها ،

(١) سورة المؤمنون آيات ٥ ـ ٧

فإنه لا شبهة له فيها ، ولهذا لو سرق عيناً له نصفها لم يقطع ، ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا خلاف فى أنه يعزر لما ذكرناه فى حجة أبى ثور .

ثم لا يخلو من حالين :

إما أن لا تحمل منه فهى باقية على ملكهما ، وعليه نصف مهر مثلها ، لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل ، كما لو وطئها يظنها امرأته ، وسواء كانت مطاوعة أو مكرهة لما ذكرنا ، ولأن وطء جارية غيره يوجب المهر وإن طاوعت ، لأن المهر لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أدبت[1] فى قطع عضو من أعضائها ، ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها .

الحال الثانى : أن يحبلها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان ، فإنها تصير بذلك أم ولد للواطىء ، كما لو كانت خالصة له ، وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالإعتاق ، وسواء كان الواطىء موسراً أو معسراً ، لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق ، ويلزمه نصف قيمتها ، لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالإعتاق أو الإتلاف ، فإن كان موسراً أداه ، وإن كان معسراً فهو فى ذمته كما لو أتلفها ، والولد حر يلحق نسبه بوالده لأنه من وطء فى محل له فيه ملك ، فأشبه ما لو وطىء زوجته .

وقال القاضى : الصحيح عندى أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه إذا كان معسراً بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قناً باقياً فى ملك الشريك ، لأن الإحبال كالعتق ، ويجرى مجراه فى التقويم والسراية ، فاعتبر فى سرايته اليسار كالعتق ، وهذا قول أبى الخطاب أيضاً ومذهب الشافعى .

فعلى هذا إذا ولدت احتمل أن يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد ، واحتمل أن يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأن نصف أمه أم ولد ونصفها قن لغير الواطىء ، فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً ، كولد المعتق بعضها ، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن .

ووجه قول الخرقى : أن بعضها أم ولد ، فكان جميعها أم ولد ، كما لو كان الواطىء موسراً ويفارق الإعتاق ، فإن الاستيلاد أقوى ، ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبى والمجنون ، والإعتاق بخلافه .

٨٦٣٢ (فصل)

قال أبو الخطاب : وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على وجهين :

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٦٦ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٣٥٣ (كما لو أدبت فى قطع عضو من أعضائها) والصواب (كما لو وديت) أى كما يستحق سيدها الدية لو قطع عضو من أعضائها . (ف)

أحدهما : لا يلزمه ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه لم يذكرهما ، لأن الأمة صارت مملوكة له ، فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ، ولأن الولد خلق حراً فلم يقوّم عليه ولده الحر .

والوجه الثانى : يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها ، لأن الوطء صادف ملك غيره ، وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر ، فيكون الوطء سبب الملك ، ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه ، فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه ، فيكون فى ملك غيره فيوجب مهرالمثل ، وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك ، فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور . وقال القاضى : إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شىء على الواطىء ، لأنها وضعته فى ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ، ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها ، وإن وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ، ذكرهما أبو بكر واختار أنه تلزمه قيمته .

٨٦٣٣ (فصـــل)

ولا فرق بين أن يكون له فى الأمة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرقى فيما إذا وطىء جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها ، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من كثير من ألف سهم .

٨٦٣٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر ، عتق عليه كله ، وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه ، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا مقدار ما ملك ، وإن ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه إلا مقدار ما ملك ، موسراً كان أو معسراً ﴾ .

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، لما روى سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه أبو داود وابن ماجة والترمذى .

وروى ضمرة[1] عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » .

وسئل أحمد عن ضمرة فقال : ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل . أحدهما : هذا الحديث . وروى عن إبراهيم عن الأسود عن عمر أنه قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم .

فأما إن ملك سهماً ممن يعتق عليه ، مثل أن يملك سهماً من ولده فإنه يعتق عليه مثل ما ملك منه،

---

(١) حديث ضمرة أخرجه ابن ماجة ج ٢ ص ١٠٧ (ف) .

سواء ملكه منه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاغتنام والوصية ، وسواء ملكه باختياره كالذى ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث ، لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالإعتاق بالقول . ثم ينظر ، فإن كان معسراً لم يسر العتق واستقر فى ذلك الجزء ورق الباقى ، لأنه لو أعتقه بقوله لم يسر إعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده إياه ، فهاهنا أولى ، وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالملك بغير الميراث سرى إلى باقيه ، فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه ، لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف . وقال قوم : لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره ، لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه ، فلم يسر كما لو ملكه بالميراث ، وفارق ما أعتقه لأنه فعله باختياره قاصداً إليه .

ولنا : أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان ، كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث ، فإنه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ، ولأن مباشرته لما يسرى وتسببه إليه فى لزوم حكم السراية واحد ، بدليل استواء الحافر والدافع فى ضمان الواقع ، فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقى ، سواء كان موسراً أو معسراً ، لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه ، وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف . وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسراً ، لأنه أعتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه ، كما لو وصى له به فقبله ؛ والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبى . وفارق ما تسبب إليه .

٨٦٣٥ (فصـــل)

وإن ورث الصبى والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه ، لأنه إذا لم يسر فى حق المكلف ففى حقهما أولى ، وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله ، لأنه نفع لهما بإعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق بهما ، وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ وفيه وجهان :

أحدهما : لا يقوم ولا يسرى العتق إليه ، لأنه يدخل فى ملكه بغير اختياره ، فأشبه ما لو ورثه .

والثانى : يقوم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله ، فأشبه الوكيل ، فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته .

وإذا قلنا : ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لا يصح القبول ، لأنه فعل ما لم يأذن الشرع فيه ، أشبه ما لو باع ماله بغبن ، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه ، لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه .

٨٦٣٦ (فصـــــل)

وإذا باع عبداً لذى رحمه وأجنبى صفقة واحدة ، عتق كله إذا كان ذو الرحم موسراً[1] ، وضمن لشريكه قيمة حقه منه . وقال القاضى: لايضمن لشريكه شيئاً ، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه ، فصار كأنه أذن له فى إعتاق نصيبه .

ولنا : أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره ، فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره ، كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لايصح قبوله إلا بقبول شريكه .

٨٦٣٧ (فصـــــل)

وإذا كانت أمة مزوجة ، ولها ابن موسر ، فاشتراها هو وزوجها وهى حامل منه ، صفقة واحدة ، عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه، وعتق الحمل عليهما معاً، لأنه ابن الزوج وأخ الإبن ، ولا يجب لأحدهما على الآخر شىء منه ، لأنه عتق عليهما فى حال واحدة ، ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لهما أو أوصى لهما بها فقبلاها فى حالة واحدة فكذلك ، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا . فإن قبل الإبن أولا عتقت عليه الأم وحملها حصته من الأم بالملك ، وتبعها حصته من الحمل ، وسرى العتق إلى الباقى من الأم والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج ، وإن قبل الزوج أولا عتق عليه الحمل كله ، نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوم عليه ، ثم إذا قبل الإبن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان ، ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال فى الوصية إن الملك لايثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة .

٨٦٣٨ (فصـــــل)

وإذا كان لرجل نصف عبدين متساوين فى القيمة لايملك غيرهما ، فأعتق أحدهما فى صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه ، لأنه موسر بالنصف الذى له من العبد الآخر ، فإن أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق ، لأن وجوب القيمة فى ذمته لايمنع صحة عتقه ولم يسر لأنه معسر ، وإن أعتق الأول فى مرض موته لم يسر ، لأنه إنما ينفذ عتقه فى ثلث ماله ، وثلث ماله هو الثلث من العبد الذى أعتق نصفه ، فإذا أعتق الثانى وقف على إجازة الورثة ، وإن أعتق الأول فى صحته وأعتق الثانى فى مرضه لم ينفذ عتق الثانى ، لأن عليه دَيناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٧٠ والفق ٩ / ٣٥٦ (معسراً) والصـــواب (موسراً) كما فى الشرح الكبير ١٢ / ٢٤٥ (ف)

٨٦٣٩ (فصـــــــل)

إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركا له فى عبد ، فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة ، غرما قيمة العبد جميعه .

وقال بعض أصحاب الشافعى : تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه ، لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه ، فلم تلزمهما غرامة ماسواه .

ولنا : أنهما فوّتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه ، فلزمهما ضمانه ، كما لو فوّتاه بفعلهما ، وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما .

٨٦٤٠ (فصـــــل)

وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد فى مرض موته وهو ثلث ماله ، فحكم حاكم بشهادتهما وعتق العبد ، ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ، ثم رجع الأولان عن الشهادة ، نظرنا فى تاريخ شهادتهما ، فإن كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ، ويحتمل أن يلزمهما شراء الثانى وإعتاقه ، لأنهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها ، وإن صدقوهما فى رجوعهما كذبوهما فى شهادتهما عتق الثانى ، ورجعوا عليهما بقيمة الأول ، لأنهما فوّتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها ، وإن كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الأخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه ، لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ، ولم يغرم الشاهدان شيئاً ، لأنهما مافوّتا شيئاً .

وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما ، فإن خرجت على الثانى عتق وبطل عتق الأول ولاشىء على الشاهدين ، لأن الأول باق على الرق ، وإن خرجت قرعة الأول عتق ونظرنا فى الورثة ، فإن كذبوا الشاهدين الأولين فى شهادتهما عتق الثانى ، ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول ، لأنهما فوّتا رقه بغير حق ، فإن كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشىء ، لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه .

٨٦٤١ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم فى مرض موته،أو دبرهم،أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ، ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوى قيمتهم ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه ﴾ .

وجملة ذلك : أن العتق فى مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجز من عتق الذى أعتق ستة مملوكين فى مرضه إلا ثلثهم ، ولأنه تبرع بمال أشبه الهبة ، فإن أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث . فإن أعتق عبيداً فى مرضه واحداً بعد واحد بدىء بالأول

فالأول حتى يستوفى الثلث . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة . ومسألة الخرقى فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم .

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم ، لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت ، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به فى وقت واحد ، وكذلك الوصى بعتقه يستوى هو والتدبير ، لأن الجميع عتق بعد الموت ، فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين فى القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ، أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ، ولم يجز الورثة أكثر من الثلث ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه ، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعى وإسحاق وداود وابن جرير .

قال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى فى باقيه . وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبى والنخعى وقتادة وحماد ، لأنهم تساووا فى سبب الاستحقاق فيتساوون فى الاستحقاق ، كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله ، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل . وأنكر أصحاب أبى حنيفة القرعة وقالوا : هى من القمار وحكم الجاهلية، ولعلهم يردون الخبر الوارد فى هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول . وذكر الحديث لحماد فقال : هذا قول الشيخ — يعنى إبليس — فقال له محمد بن ذكوان : وضع القلم عن ثلاثة ، أحدهم المجنون حتى يفيق — يعنى أنه مجنون[1] — فقال له حماد : ما دعاك إلى هذا ؟ فقال محمد : وأنت فما دعاك إلى هذا ؟ وهذا قليل فى جواب حماد ، وكان حريًّا أن يستتاب عن هذا ، فإن تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا : ما روى عمران بن الحصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين فى مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة أجزاء ، فأعتق اثنين وأرق أربعة . وهذا نص فى محل النزاع وحجة لنا فى الأمرين المختلف فيهما ، وهما جمع الحرية واستعمال القرعة ، وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم[2] وأبو داود وسائر أصحاب السنن . ورواه عن عمران بن الحصين[3] وابن سيرين[4] وأبو المهلب[5]

---

(١) فى الشرح الكبير ١٢ / ٢٩٦ (إنك مجنون) بكاف الخطاب (ف)

(٢) أخرجه مسلم فى كتاب الأيمان والنذور ج ٣ ص ١٢٨٨ وأبو داود فى العتق ج ٢ ص ٣٥٣ والترمذى فى الأحكام ج ١ ص ٢٥٥ والنسائى فى الجنائز باب الصلاة على من يحيف فى وصيته ج ٢ ص ٦٤ وابن ماجة فى الأحكام ج ٢ ص ٥٩ (ف) . (٣) أخرجها النسائى (ف) . (٤) أخرجها أبو داود (ف) .

(٥) أخرجها مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجة . واسم أبى المهلب عبد الرحمن بن عمرو الجرمى وقيل : معاوية بن عمرو (ف) .

ثلاثة أئمة . ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبى قلابة[1] عن أبى زيد الأنصارى عن النبى صلى الله عليه وسلم .

قال أحمد : أبو زيد الأنصارى رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، وروى نحوه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم . ولأنه حق فى تفريقه ضرر ، فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار إذا طلبها أحد الشريكين . ونظيره من القسمة مالو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر فى قسمتها ، فطلب أحدهما القسمة ، فإنه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثة أسهم ، لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان .

وقولهم : إن الخبر يخالف قياس الأصول يمنع ذلك ، بل هو موافق له لما ذكرناه ، وقياسهم فاسد ، لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه ، والوصية لا ضرر فى تفريقها بخلاف مسألتنا .

وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم واجب الاتباع ، سواء وافق القياس أو خالفه ، لأنه قول المعصوم الذى جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين ، وأمرنا باتباعه وطاعته ، وحذّر العقاب فى مخالفة أمره ، وجعل الفوز فى طاعته ، والضلال فى معصيته .

وتطرق الخطأ إلى القائس فى قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والأئمة بعدهم فى روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة ، فأوجبوا الوضوء بالنبيذ فى السفر دون الحضر ، ونقضوا الوضوء بالقهقهة فى الصلاة دون خارجها .

وقولهم فى مسألتنا فى مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم ، والضرر فى مذهبهم أعظم ، وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث فى الوصية وما فى معناها لا يحصل له شىء حتى يحصل للورثة مثلاه .

وفى مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد فى الثلثين ، فلا يحصل للورثة شىء فى الحال أصلا، ويحيلونهم على السعاية ، وربما لا يحصل منها شىء أصلا ، وربما لا يحصل منها فى الشهر إلا درهم أو درهمان ، فيكون هذا فى حكم من لم يحصل له شىء وفيه ضرر على العبيد ، لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم ، وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء ، أو عبداً فيسرق أو يقطع الطريق ، وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى ذكرناه فى حق الذى فعل هذا قال : « لو شهدته لم[2] يدفن فى مقابر المسلمين » .

(١) وأبو قلابة اسمه عبد الله بن زيد الجرمى ، وحديثه هذا رواه أيضاً أبو داود (ف) .

(٢) أخرجها أبو داود ولفظه « لو شهدته قبل أن يدفن فى مقابر المسلمين » (ف) .

قال ابن عبد البر : فى قول الـكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة ، وأشار إلى ما ذكرناه .

وأما إنـكارهم للقرعة ، فقد جاءت فى الـكتاب والسنة والإجماع .

قال تعالى : (وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلاَمَهُمْ[١] أَيُّهم يَكْفُلُ مَرْيَمَ)[٢] وقال تعالى : (فَسَاهَمَ[٣] فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ)[٤]

وأما السنة : فقال أحمد فى القرعة خمس سنن : أقرع[٥] بين نسائه ، وأقرع[٦] فى ستة مملوكين ، وقال لرجلين « استهما »[٧] وقال « مثل القائم عَلَى حدود[٨] الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا عَلَى سفينة » وقال « لو يعلم الناس[٩] مافى النداء والصف الأول لاستهموا عليه » .

---

(١) قال ابن عباس : وذلك أن أم مريم لفتها فى ثوب ووضعتها فى بيت المقدس عند الأحبار فأراد كل منهم أن يقوم بكفالتها لأنها بنت إمامهم عمران وأخيراً اتفقوا على القرعة لمن خرجت له أخذها ، فأحضروا أقلامهم التى كانوا يـكتبون بها التوراة تبركاً بها ووضعوها فى جراب وأمروا غـلاماً بسحب قلم منها يـكون صاحبه هو الذى يـكفلها فخرج قلم زكريا . (ف)

(٢) سورة آل عمران آية ٤٤

(٣) ساهم : عمل قرعة مع أهل السفينة بالسهام — المدحضين : يقال : دحضت رجله : زلقت ، أدحضه غيره إذا أزلقه . والمراد هنـا من المزحزحين عن مـكان السلامة وهو السفينة إلى الوقوع فى الماء لخروجه بالقرعة . (ف) .

(٤) سورة الصافات آية ١٤١

(٥) عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يخرج سفراً اقرع بـين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه . أخرجه الشيخان (ف) .

(٦) مر حديثهم قريباً وقد خرجناه (ف) .

(٧) عن أبى هريرة «أن رجلين اختصما فى متاع إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بينة ، فقال النبى صـلى الله عليه وسلم : استهما على اليمين . . » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٩ (ف)

(٨) « مثل القائم على حدود الله والداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فى البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فـكان الذين فى أسفلهـا إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقال الذين فى أعلاها لا ندعكم تصعدون فتؤذونا فقالوا : لو أنا أصبنا فى نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن يـتركوهم وما أرادوا هلـكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً » أخرجه أحمد والترمذى والبخارى عن النعمان بن بشير (ف)

(٩) « لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لا ستهموا » أخرجه مالك وأحمد والبخارى ومسلم والنسائى عن أبى هريرة . (ف)

وفى حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضى الله عنه فوجدنا إلى جنبه قتيلا ، فقلنا : لحمزة ثوب وللأنصارى ثوب،فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر ،فأقرعنا عليهما ثم كفّنّا كل واحد(١) فى الثوب الذى طار له .

وتشاح الناس يوم القادسية فى الأذان ، فأقرع بينهم سعد .

وأجمع العلماء على استعمالها فى القسمة ، ولا أعلم بينهم خلافاً فى أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أرادالسفر بإحداهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الأولياء إذا تساووا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج ، أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا .

٨٦٤٢ (فصـــــل فى كيفية القرعة)

قال أحمد : قال سعيد بن جبير : يقرع بينهم بالخواتيم ، أقرع بين اثنين فى ثوب ، فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال : يخرجون بالخواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج منها واحداً . قال أحمد : بأى شىء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به ، سواء كان رقاعاً أو خواتيم .

قال أصحابنا المتأخرون : الأولى أن يقطع رقاعاً صغاراً متساوية(٢) ثم تلقى فى حجر رجل لم يحضر أو يغطى عليها بثوب ثم يقال له : أدخل يدك فأخرج بندقة فينفضها ويعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعى .

وفى كيفية القرعة والعتق ست مسائل :

أحدها : أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو ستة أو تسعة ، وقيمتهم متساوية ، ولا مال له غيرهم ، فيخرجون ثلاثة أجزاء ، جزءاً للحرية ، وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع ، فى واحدة حرية ، وفى اثنين رق يترك(٣) فى ثلاثة بنادق ، وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر : أخرج على اسم هذا الجزء ، فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق

---

(١) فى مجمع الزوائد ج ٣ ص ٢٤ « عن ابن عباس قال : قتل حمزة يوم أحد وقتل معه رجل من الأنصار فجاءت صفية بنت عبد المطلب بثوبين لتكفن فيهما حمزة فلم يكن للأنصارى كفن، فأسهم النبى صلى الله عليه وسلم بين الثوبين ثم كفن كل واحد منهما فى ثوب » رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه عثمان الجزرى الشاهد لم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات . ا هـ (ف)

(٢) هنا فى نسخ المغنى سقط قبل قوله (ثم تلقى) وتمامه فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٩٩ « ثم تجعل فى بنادق شمع أو غيره متساوية القدر والوزن » (ف) .

(٣) فى نسخ المغنى [يترك والصواب كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٩٩ (وتترك) (ف)

الجزءان الآخران وإن خرجت قرعة رق ، رق وأخرجت أخرى على جزء آخر، فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث ، وإن خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لأن الحرية تعينت فيهم . وإن شئت كتبت اسم كل جزء فى رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية ، فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المُسَمَّوْن فيهـا ورق الباقون ، وإن خرجت رقعة على الرق ، رق المُسَمَّوْنَ فيها ، ثم تخرج أخرى على الرق ، فيرق المُسَمَّوْنَ فيها ويعتق الجزء الثالث ، وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المُسَمَّوْنَ فيها دون الثالث .

المسألة الثانية : أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة ، كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف ، وقيمة اثنين ألفان ، وقيمة اثنين ألف[1]، فيجعل الإثنين الأوسطين جزءاً ، ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جـزء ، والآخران جزءاً ، فيكونون ثلاثة أجزاء متساوية فى العدد والقيمة على ما قدمناه فى المسألة الأولى ، قيل لأحمد : لم يستووا فى القيمة ؟ قال : يقوّمون بالثمن .

المسألة الثالثة : يكونون متساوين فى العدد مختلفين فى القيمة ، ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ، ولكن يمكن تعديلهم بكل واحدا منهما منفرداً ، كستة أعبد قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة ثلاثة ألف ، فإنهم يعدلون بالقيمة دون العدد ، نص عليه أحمد . وقال : إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوّم ، لأنه لا يجوز أن يقع العتق فى أكثر من الثلث ولا أقل، وفى قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث ، فكان التعديل بالقيمة أولى .

بيان ذلك أننا لو جعلنا الذى قيمته ألف آخر[2] فخرجت قرعة الحرية لما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما ، فإذا خرجت على القايل القيمة عتق وأعتق من الذى قيمته ألف تمام الثلث .

وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث ، عتقاً ، ثم أعيدت لتكميل الثلث، فإذا وقعت عَلَى واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعيض والتكرار ، وَلأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء . فعلى هذا يجعل الذى قيمته ألف جزءاً ، والإثنين اللذين قيمتهما[3] ألف جزءاً ، والثلاثة الباقين جزءاً ، ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

المسألة الرابعة[4] : أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كسبعة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف ، فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا .

(١) قوله (وقيمة اثنين ألف) كررت (ألف) فى طبعة رشيد ٢٧٨/١٢ والفقى ٣٦٢/٩ والصواب (ألف) دون تكرار كما فى الشرح الكبير ٣٠٠/١٢ ونصه (وقيمة اثنين ألف) .

(٢) فى طبعة رشيد ٢٧٨/١٢ ، ٢٧٩ والفقى ٣٦٣/٩ (لو جعلنا الذى قيمته ألف آخر) والصواب (لو جعلنا [مع] الذى قيمته ألف آخر) كما فى الشرح الكبير ٣٠٠/١٢ (ف)

(٣) فى طبعة رشيد ٢٧٩/١٢ والفقى ٣٦٣/٩ (قيمتها) والصواب (قيمتهما) كما فى الشرح الكبير ٣٠١/١٢

(٤) سقطت المسألة الرابعة من الشرح الكبير ٣٠١/١٢

المسألة الخامسة : أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، كستة أعبد ، قيمة اثنين ألف ، وقيمة اثنين سبعمائة ، وقيمة اثنين خمسمائة ، فهاهنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة ، فيجعل كل اثنين جزءاً ، ويضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة إلى واحد ممن قيمتهما كثيرة ، ويجعل المتوسطين جزءاً ويقرع بينهم ، فإن وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ورق باقيه والباقون ، وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة .

المسألة السادسة : لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة ، كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف ، واثنان ألف ، واثنان ثلاثة آلاف ، احتمل أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فيجعل أحدهم[1] أكثرهم قيمة جزءاً ، ويضم[2] إلى الثانى كثير القيمة أقل الباقين قيمة ويجعلهما جزءاً ، ويقرع[3] بينهم بسهم حرية وسهمى[4] رق ، لأن هذا أقرب إلى ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم . واحتمل أن لا يجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث ، فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه فيها عتق ، ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث .

وإن كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكتب ثمانية رقاع بأسمائهم ، ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث .

والثانى : أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتق ، ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمى رق فمن خرج له سهم الحرية أعيدت بينهما ، فمن خرج له سهم الحرية كمل الثلث منه .

والثالث : أن يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة ، وثلاثة ، واثنان ، ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فإن خرج سهم الحرية للاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين ، وإن خرجت لثلاثة ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق. ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب . وروى عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين إن كانا قيمته ، وإلا أقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ، ثم يقرع بين الذى بقى والذى تصيبه القرعة ينظر ما بقى من قيمته من الثلث فيعتق حصته ، فإن كان جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال .

---

(١) فى الشرح الكبير (فيجعل أكثرهم قيمة جزءاً) أنظر ٣٠٢/١٢ . (ف)
(٢) فى الشرح الكبير نفس الصفحة السابقة (ويضم إلى الثانى أقل الباقين قيمة) (ف)
(٣) زاد الشرح الكبير قبل قوله (ويقرع) زاد (والباقين جزءاً) وهو الصواب . (ف)
(٤) فى الشرح للكبير ٣٠٢/١٢ (بسهمى حرية وسهم رق) وهو خطأ .(ف)

٨٦٤٣ (فصـــــل)

وإن كان للمعتق مال غير العبد مثلا قيمة العبيد أو أكثر ، عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث ، وإن كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله ، فإذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم ، وإن كانا ثلثى المال عتق نصفهم ، وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم ، وطريقه أن تضرب قيمة العبد فى ثلاثة ثم تنسب إليه مبلغ التركة ، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها . فإذا كان قيمة العبد ألفاً وباقى التركة ألف[1] ضربت قيمة العبد فى ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب إليها الألفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم. وإن كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها ، وإن كان قيمتهم أربعة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن اثنى عشر ألفاً ونسبت إليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها ، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

٨٦٤٤ (فصـــــل)

وإن كان على الميت دَين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء ، وإن كان يحيط ببعضها قدّم الدّين ، لأن العتق وصية ، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الدّين قبل الوصية ، ولأن قضاء الدّين واجب وهذا تبرع ، وتقديم الواجب متعين . وإن كان الدّين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رقعتان : رقعة للدّين ورقعة للتركة ، وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين ، فمن خرجت عليه رقعة الدّين بيع فيه وكان الباقى من جميع[2] التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم . وإن كان الدّين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع : رقعة للدّين واثنتان للتركة ، وإن كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع : رقعة للدّين وثلاثة للتركة ، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة ، وإن كتب رقعة للدّين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز ، وقيل لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدّين ، والأول أصح ، لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدّين إذا لم يكن له وفاء ، فأما إذا كان له وفاء لم يمنع منه ، بدليل ما لو كان العتق فى أقل من ثلث الباقى بعد وفاء الدّين ، فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه .

٨٦٤٥ (فصـــــل)

وإذا أعتق فى مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم ، أو واحداً منهم غير معين ، فمات أحدهم ،

---

(١) فى طبعة رشيد ١٢/٢٨١ والفتى ١٢/٣٦٥ (وباقى التركة ألف) وفى الشرح الكبير ١٢/٣٠٣ (وباقى التركة ألفان وهو الصواب) .(ف)

(٢) (من) ساقطة من الشرح الكبير ١٢/٣٠٣ (ف)

أقرعنا بين الميت والأحياء ، فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق ، سواء مات فى حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : إن مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين ، لأنهما جميع التركة ، ولهذا لا يعتق إلا ثلثهما ، ولا يعتبر الميت ، لأنه ليس بمحسوب من التركة ، ولأنه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثهما .

ولنا : أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم ، كما لو مات بعد سيده ، ولأن المقصود تكميل الأحكام وحصول ثواب العتق ، ويحصل هذا فى الميت ، فوجب أن يدخل فى القرعة كما لو مات بعد سيده ، فأما إن وقعت القرعة على الحى نظرنا فى الحى ، فإن كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له ، لم نحسبه من التركة ، لأنه لم يصل إلى الوارث ، فتكون التركة الحيين ، فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة ، وتعتبر قيمته حين الإعتاق ، لأنه حين إتلافه ، وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث ، لأن الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة ، والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به ، فأشبه الشارد والآبق ، وإنما يحسب عليه ما حصل فى يده ، ولا يحسب الميت من التركة ، لأنه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة . وإن كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة ، لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحى فى تقويمه معهم ، والحكم بإعتاقه إن وقعت عليه القرعة ، أو من الثانين إن وقعت القرعة على غيره ، وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ، ونحو هذا قال الشافعى .

٨٦٤٦ (فصل)

وإن دبر الثلاثة ، أو وصى بعتقهم فمات أحدهم فى حياته ، بطل تدبيره والوصية فيه ، وأقرع بين الحيين وأعتق من أحدهما ثلثهما ، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه ، لكونه مات قبل الوقت الذى يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق ، بخلاف التى قبلها ، فإن العتق حصل من حين الإعتاق ، وإنما القرعة تبينه وتكشفه ، ولهذا يحكم بعتقه من حين الإعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الأحرار فى سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الأحياء ؛ لأنه قد حصل العتق من حين موت السيد .

٨٦٤٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو قال لهم فى مرض موته : أحدكم حر ، أو كلكم حر ومات ، فكذلك ﴾ .

أما إذا قال لهم : كلكم حر ، فهى المسألة التى تقدمت وشرحناها . وأما إذا قال : أحدكم حر ، فإنه يقرع بينهم فيخرج أحدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقون ، وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان

يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث . ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق أحدهم بالقرعة . وإن قال : أردت واحداً منهم بعينه قُبل منه وتعينت الحرية فيه . وقال أبو حنيفة والشافعى : له تعيين أحدهم فيعتق من عينه وإن لم يكن نواه حالة القول ، ويطالب المعتق بالتعيين فإذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه ، لأن له تعيين العتق ابتداء ، فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق .

ولنا : أن مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ، كما لو أعتق الجميع فى مرضه ولم يخرجوا من الثلث، وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه . والطلاق كمسألتنا . فأما إن مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف ، وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة ، وقد نص الشافعى على هذا إذا قالوا : لا ندرى أيهم أعتق ، وقال أبو حنيفة : لهم التعيين ، لأنهم يقومون مقام موروثهم . وقد سبق الكلام فى المعتق .

٨٦٤٨ (فصــــل)

ولو أعتق إحدى إمائه ثم وطىء إحداهن لم يتعين الرق فيها ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : يتعين الرق فيها ، لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه ، ووطؤه دليل على تعيينه ، وقد سبق الكلام على هذا الأصل ، ولأن المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء ، كما لو أعتق واحدة ثم نسيها .

٨٦٤٩ (فصــــل)

وإذا أعتق واحداً بعينه ونسيه ، فقياس قول أحمد أن يعتق أحدهم بالقرعة ، وهذا قول الليث . وقال الشافعى: يقف الأمر حتى يذكر، فإن مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب: يعتقون كلهم.

وقال مالك : إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة ، عتق منهم بقدر ثلثهم ، وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم ، وعلى هذا فيقرع بينهم ، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أُعيدت القرعة حتى تكمل .

وقال أصحاب الرأى : إن قال الشهود : نشهد أن فلاناً أعتق أحد عبيده ولم يسمّ ، عتق ثلث كل واحد منهم وسعى فى باقيه ، أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا : نشهد أن فلاناً أعتق بعض عبيده ونسيناه ، فشهادتهم باطلة . ونحو هذا قول الشعبى والأوزاعى ، ولم يذكرا ما ذكره أصحاب الرأى فى الشهادة .

ولنا : أن مستحق العتق غير مبين ، فأشبه ما لو أعتق جميعهم فى مرض موته ، فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق : ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان :

أحدهما : يرد الأول إلى الرق ويعتق الذى عينه ، لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع .

والثانى : يعتقان معاً ، وهو قول الليث ، ومقتضى قول ابن حامد ، لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ، ولأن قول المعتق: ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقراراً عليه بحرية من ذكره وإقراراً على غيره فقبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله ، فيعتق من عينه ويرق غيره ، فإذا قال : أعتقت هذا ، عتق ورق الباقون . وإن قال : أعتقت هذا لا بل هذا ، عتقا جميعاً ، لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ، ثم أقر بعتق الثانى فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول ، فكذلك الحكم فى إقرار الوارث .

٨٦٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا ملك نصف عبد ، فدبره أو أعتقه فى مرض موته ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفى بقيمة النصف الذى لشريكه ، أعطى وكان كله حراً فى إحدى الروايتين ، والأخرى لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه ﴾ .

وجملته : أنه إذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه فى مرض موته ، أو دبره ، أو وصى بعتقه ، ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك ، لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم ، إلا قولا شاذاً ، أو قول من يرى السعاية ، وذلك أنه ليس له من ماله إلا الثلث الذى استغرقته قيمة الشقص ، فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق فى صحته شقصاً وهو معسر ، فأما إن كان ثلث ماله يفى بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان :

إحداهما : يسرى إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ، ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه ، لأن ثلث المال للمعتق والملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والإعتاق وغيره ، فجرى مجرى مال الصحيح ، فيسرى عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر .

والرواية الثانية : لا يعتق إلا حصته ، لأنه بموته يزول ملكه إلى ورثته ، فلا يبقى شىء يقضى منه الشريك ، وبهذا قال الأوزاعى ، لأن الميت لا يضار .

وقال القاضى : ما أعتقه فى مرض موته سرى ، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر ، وقال : الرواية فى سراية العتق حال الحياة أصح ، والرواية فى وقوفه فى التدبير أصح ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن العتق فى الحياة ينفذ فى حال ملك المعتق ، وصحة تصرفه ، وتصرفه فى ثلثه كتصرف الصحيح فى جميع ماله . وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به فى حال زوال ملك المعتق وتصرفاته والله أعلم .

٨٦٥١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لكله ﴾ .

وجملته : أنه إذا دبر بعض عبده ، وهو أن يقول : إذا مت فنصف عبدى حر ، ثم مات ، فإن كان

النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر ، لأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثه ، فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى ، وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ، ففى تكميل الحرية روايتان :

إحداهما : تكمل، وهو قول أكثر الفقهاء ،لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالإعتاق فى السراية وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه إعتاق لبعض عبده ، فعتق جميعه كما لو أعتقه فى حياته .

والرواية الثانية : لا يكمل العتق فيه ، لأنه لا يمنع جواز البيع ، فلا يسرى كتعليقه بالصفة .

٨٦٥٢ (فصـــل)

فأما إن أعتق بعض عبده فى مرضه فهو كعتق جميعه إن خرج من الثلث عتق جميعه ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، لأن الإعتاق فى المرض كالإعتاق فى الصحة ، إلا فى اعتباره من الثلث ، وتصرف المريض فى ثلثه فى حق الأجنبى كتصرف الصحيح فى جميع ماله ، كما لو أعتق شركا له فى عبد ، وثلثه يحتمل جميعه ، وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق .

٨٦٥٣ (فصـــل)

وإذا دبر أحد الشريكين حصته ، صح ولم يلزمه فى الحال لشريكه شىء ، وهذا قول الشافعى ، فإذا مات عتق الجزء الذى دبره إذا خرج من ثلث ماله ، وفى سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا فى المسألة وقبلها.

وقال مالك : إذا دبر نصيبه تقاوماه ، فإن صار للمـــدبر صار مدبراً كله ، وإن صار للآخر صار رقيقا كله .

وقال الليث : يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه، ويصير العبد كله مدبراً ، فإن لم يكن له مال سعى العبد فى قيمة نصيب الشريك ، فإذا أداها صار مدبراً كله . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن المدبر للشريك قيمة حقه ، موسراً كان أو معسراً ، ويصير المدبر له .

وقال أبو حنيفة : الشريك بالخيار ، إن شاء دبر ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسراً .

ولنا : أنه تعليق للعتق على صفة ، فصح فى نصيبه ، كما لو علقه بموت شريكه .

٨٦٥٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فأعتقناهم ثم ظهر عليه دَين يستغرقهم بعناهم فى دَينه ﴾ .

وجملته : أن المريض إذا أعتق عبيده فى المرض ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دَين وهم يخرجون من ثلثه فى الظاهر فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دَين يستغرق التركة ، تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون فى الدَّين ، ويكون عتقهم وصية ، والدَّين مقدم على الوصية ، ولهذا قال على رضى الله عنه :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى[1] أن الدَّين قبل الوصية ، ولأن الدَّين مقدم على الميراث بالاتفاق، ولهذا تباع التركة فى قضاء الدَّين وقد قال الله تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)[2] والميراث مقدم على الوصية فى الثلثين . فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية ، وبهذا قال الشافعى . ورد ابن أبى ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دَين . قال أحمد : أحسن ابن أبى ليلى .

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية فى الذى يعتق عبده فى مرضه وعليه دَين : أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقى . وقال قتادة ، وأبو حنيفة ، وإسحاق : يسعى العبد فى قيمته .

ولنا : أنه تبرع فى مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث ، فقدّم عليه الدَّين كالهبة ، ولأنه يعتبر من الثلث فقدّم عليه الدَّين كالوصية ، وخفاء الدَّين لا يمنع ثبوت حكمه ، ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدَينه فلم ينفذ عتقه، كما لو أعتق ملك غيره ، فإن قال الورثة: نحن نقضى الدَّين ونمضى العتق ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق ، لأن الدَّين كان مانعاً منه ، فيكون باطلا ، ولا يصح بزوال المانع بعده .

والثانى : ينفذ العتق ، لأن المانع منه إنما هو الدَّين ، فإذا سقط وجب نفوذه ، كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثى التركة ، نفذ العتق فى الجميع. ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . وقالوا : إن أصل الوجهين إذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دَين وقضى الدَّين هل ينفذ ؟ فيه وجهان .

٨٦٥٥ (فصــــــل)

فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، فأقرع الورثة ، فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ، ثم ظهر عليه دَين يستغرق نصفهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل القرعة، لأن الدَّين شريك فى الإقراع ، فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة ، كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث .

الثانى : يصح الإقراع ، لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدَّين من كل واحد من النصيبين،

---

(١) قال على رضى الله عنه « إنكم تقرءون هذه الآية (من بعد وصية توصون بها أو دين) وإن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية » أخرجه الترمذى فى الفرائض والوصايا ج ٢ ص ١١، ١٦ وأخرجه ابن ماجة فى الوصايا ج ٢ ص ١٥٩ ، ١٦٠ وفى سنده الحارث الأعور وقد تكلم بعض أهل العلم فيه لكنه تقوى بأن العمل عليه عند عامة أهل العلم كما فى الترمذى (ف) .

(٢) سورة النساء آية ١١ .

لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدَّين ، فيقال للورثة : اقضوا ثلثي الدَّين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا ، إما من العبيد وإما من غيرهم ، ويجب رد نصف العبد الذى عتق ، فإذا كان الذى أعتق عبدين أقرعنا بينهما ، فإذا خرجت القرعة على أحدهما ، فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر فى الدَّين ، وإن كان أكثر عتق منه بقدر السدس ، وإن كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

٨٦٥٦ ﴿ مسألة ﴾

﴿ ولو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحداً لعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم ﴾ .

وجملته : أنه إذا أعتق ثلاثة فى مرضه لم يعرف له مال غيرهم ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ، لم يعتق منهم إلا ثلثهم ورق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم ، فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم ، أو من حين موته إن كان دبرهم ، لأن التدبير وتصرف المريض فى ثلث ماله جائز نافذ ، وقد بان أنهم ثلث ماله . وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً ، فلا يمنع كون العتق واقعاً . فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم . وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلا . وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار . فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب ، وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم ، لأنهما ثلث جميع المال فيقرع بين الإثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين فى القيمة ، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم ، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم ، وكلما ظهر له مال عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه .

٨٦٥٧ (فصل)

وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه ، وجب على الوصى إعتاقه ، فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه ، فإن امتنعوا أجبرهم السلطان ، فإن أصروا على الامتناع أعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم ، لأن هذا حق لله تعالى وللعبد ، ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه ، كالزكاة والديون ، فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق ، وما اكتسبه فى حياة الموصى فهو للموصى يكون من جملة تركته إن بقى بعده ، لأنه كسب عبده القن ، وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث . وقال القاضى :هو للعبد ، لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه ، فكان له ككسب المكاتب . وقال بعض أصحاب الشافعى : فيه قولان مبنيان على القولين فى كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا : أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه ،وكالمعلق عتقه بصفة ، وفارق المكاتب ،

فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده . ويبطل ما ذكروه بأم الولد ، فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له والموصى به لا نسلمه ، وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وإنما وقف على شرط هو القبول ، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب ، وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب ، وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه . ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه ، وهاهنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه . وإن مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ، ولا أعلم قول من خالفنا فيه .

٨٦٥٨ (فصــل)

فإن علق عتق عبده على شرط في صحته ، فوجد في مرضه ، اعتبر خروجه من الثلث ، قاله أبو بكر . قال : وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، أنه يعتق من رأس المال ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه لا يتهم فيه فأشبه العتق في صحته .

ولنا : أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله ، فاعتبر من الثلث كالمنجز .

وقولهم : لا يتهم فيه .

قلنا : وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه ، فإن الإنسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه ، وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة ، وهذا حاصل هاهنا . ولو قال : إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر ، فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً .

٨٦٥٩ (فصــل)

وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده ، روى هذا عن ابن مسعود وأبي أيوب وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن حماد والبتي وداود بن أبي هند وحميد . وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك وأهل المدينة : يتبعه ماله ، لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق[1] عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الإمام أحمد بإسناده وغيره .

وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبداً لم يعرض لماله .

ولنا : ما روى الأثرم بإسناد، عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير: يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « أيما[2] رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره

(١) أخرجه أيضاً أبو داود ج ٢ ص ٣٥٣ ولفظه : عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق عبداً وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد » وأخرجه أيضاً ابن ماجة ج ٢ ص ١٠٨ (ف) .

(٢) أخرجه أيضاً ابن ماجة ج ٢ ص ١٠٩ (ف) .

بماله فماله لسيده » ولأن العبد وماله كانا جميعاً للسيد ، فأزال ملكه عن أحدهما فبقى ملكه فى الآخر ، كما لو باعه ، وقد دل على هذا حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه[1] المبتاع » .

فأما حديث ابن عمر فقال أحمد : يرويه عبدالله بن أبى جعفر من أهل مصر وهو ضعيف فى الحديث ، كان صاحب فقه ، فأما فى الحديث فليس هو فيه بالقوى . وقال أبو الوليد : هذا الحديث خطأ . وأما فعل ابن عمر فإنه تفضل منه على معتقه . قيل للامام أحمد : كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال : أى لعمرى على التفضل ، قيل له : فكأنه عندك للسيد ؟ فقال : نعم للسيد مثل البيع سواء .

٨٦٦٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لعبده : أنت حر فى وقت سماه ، لم يعتق حتى يأتى ذلك الوقت ﴾

وجملة ذلك : أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجىء وقت ، مثل قوله أنت حر فى رأس الحول لم يعتق حتى يأتى رأس الحول . وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة ، وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وابن المنذر، قال أحمد : إذا قال لغلامه : أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجىء[2] فلان واحد. وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر ، إنما يريد إذا جاء رأس السنة ، أو جاء رأس الهلال منه ، وإذا قال : أنت طالق إذا جاء الهلال ، إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال .وقال إسحاق كما قال أحمد . وحكى عن مالك أنه إذا قال لعبده أنت حر فى رأس الحول ، عتق فى الحال . والذى حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها ، لأنه لا يملكها ملكا تاماً ولا يهبها[3] ولا يلحقها بسببه رق : وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال ، وقد روى عن أحمد أنه لا يطؤها ، لأن ملكه غير تام عليها . والأول أصح لما روى عن أبى ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول ، فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته ، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها ، كما لو قال . إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر ، واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ، ولا يلزم للكاتبة ، لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض ، وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسألتنا .

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب الشرب عن ابن عمر ج ٣ ص ١٥١ ومسلم ج ٣ ص ١١٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٢٤٠ والترمذى ج ١ ص ٢٣٥ والنسائى ج ٧ ص ٢٩٧ وابن ماجة ج ٢ ص ٢٣ (ف)

(٢) نص الشرح الكبير ٢٦٧/١٢ (ويجىء فلان) بدل (ومجىء فلان) (ف)

(٣) نص الشرح الكبير ٢٦٧/١٢ (ولا يهبها ولا يبيعها) وليس فيه (ولا يلحقها بسببه رق) . (ف)

٨٦٦١ (فصـــل)

وإذا جاء الوقت وهو فى ملـكه عتق بغير خلاف نعلمه ، وإن خرج عن ملـكه ببيع أو ميراث أو هبـة لم يعتق ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال النخعى وابن أبى ليلى : إذا قال لعبده : إن فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعاً صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع . قال ابن أبى ليلى : إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلاناً ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلمه حنث ، وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق[1] ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه ، كما لو لم يكن له مال متقدم .

٨٦٦٢ (فصـــل)

وإذا قال لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ، ولم ينو وقتـاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب ، وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ فى قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : ليس له بيعه ، فإن باعه فسخ البيع .

ولنا : أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها .

٨٦٦٣ (فصـــل)

وإذا قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، فباعه ثم اشتراه ، ودخل الدار ، عتق ، وبهـذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : فيها قولان :

أحدهما : لا يعتق ، لأن ملـكه فيه متأخر عن عقد الصفة ، فلم يقع العتق فيه ، كما لو عقد الصفة فى حال زوال ملـكه عنـه .

ولنـا : أنه علق الصفة فى ملـكه ، وتحقق الشرط فى ملـكه فوجب أن يحنث كما لو لم يزل ملـكه عنه ، وفارق ما إذا علقها فى حال زوال ملـكه وتحقق الشرط فى ملـكه ، لأنه لو نجز العتق لم يقع ، فإذا علقـه

---

(١) عن مسور بن مخرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «لا طلاق قبل نـكاح، ولا عتق قبل ملك» أخرجه ابن ماجة، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك» قال الترمذى ج ١ ص ٢٢٢ « حـديث حسن وهو أحسن شىء روى فى هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم »

وعن حكيم بن حزام « قال قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيعه منه ثم أبتاعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك » أخرجه أصحاب السنن (ف) .

كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا . فأما إن دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن أحمد أنه لا يعتق.

وذكر عنه رواية أخرى أنه يعتق . وروى عنه فى الطلاق أنه يقع ، لأن التعليق والشرط وجدا فى ملكه فأشبه ما لو لم يتخللها دخول .

ووجه الأول أن العتق معلق على شرط لا يقتضى التكرار ، فإذا وجد مرة انحلت اليمين ، وقد وجد الدخول فى ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك . ويفارق العتاق الطلاق من حيث أن النكاح الثانى ينبنى على النكاح الأول ، بدليل أن طلاقه فى النكاح الأول يحسب عليه فى النكاح الثانى ، وينقص به عدد طلاقه ، والملك باليمين بخلافه .

٨٦٦٤ (فصـــــل)

وإذا قال لعبد له مقيد : هو حر إن حل قيده ، ثم قال : هو حر إن لم يكن فى قيده عشرة أرطال ، فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال ، عتق العبد بحل قيده ، وتبينا أنه ما عتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به . وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يلزمهما ضمانها ، لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولأن عتقه حصل بحكم الحاكم المبنى على الشهادة الكاذبة ، فأشبه الحكم بالشهادة التى يرجعان عنها ، وهذا قول أبى حنيفة .

والثانى : لا ضمان عليها[1] وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبنى على شهادتهما ، وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به ، فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم .

٨٦٦٥ (فصـــــل)

وإن قال لعبده ، أنت حر متى شئت ، لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق ، سواء كان على الفور أو التراخى . وإن قال : أنت حر إن شئت ، فكذلك . ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس ، لأن ذلك بمنزلة التخيير . ولو قال لامرأته : اختارى نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور ، فإن تراخى ذلك بطل خيارها ، كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخى ، وإن قال : أنت حر كيف شئت ،

---

(١) فى نسخ المغنى (لا ضمان عليها) طبعة رشيد ١٢ / ٢٩٤ والقى ٩/٣٧٧ والصواب (لا ضمان عليهما) كما فى الشرح الكبير ٢٧٤/١٢ (ف) .

احتمل أن يعتق في الحال ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن كيف لا تقتضي شرطاً ولا وقتاً ولا مكاناً ، فلا تقتضي توقيف العتق . وإنما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال شاء ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لأن المشيئة تقتضي الخيار ، فتقتضي أن لا يعتق قبل اختياره ، كما لو قال : أنت حر متى شئت ، لأن كيف تعطي ما تعطي متى وأي ، فحكمها حكمهما .

وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه إذا قال لزوجته : أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت، لم تطلق حتى تشاء ، فيجيء ها هنا مثله .

٨٦٦٦ (فصـــل)

وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : تعليقه على صفة محضة ، كقوله إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر ، فهذه صفة لازمة لا سبيل إلى إبطالها ، لأنه ألزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر . ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ، ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط ، لأنه لا حق له في ذمته يبرئه منه ، وإنما هو تعليق على شرط محض . وإن مات السيد انفسخت الصفة ، لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره . وإن زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة ، فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل . ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج إلى تجديد إعتاق من جهة السيد ، لأنه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق . وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده ، لأنه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده، إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التي أداها، فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل في يده لسيده وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها في أحد الوجهين ، لأنها أمة قن ، فأشبه مالو قال : إن دخلتِ الدار فأنتِ حرة ، ولا تجب عليها قيمة نفسها ، لأنه عتق من السيد بصفة فأشبه مالو باشر عتقها . ولا يعتق حتى يؤدي الألف بكمالها .

وذكر القاضي أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال : أنت حر إن أكلت رغيفاً فأكل بعضه ، وهذا لا يصح لوجوه :

أحدها : أن أداء الألف شرط العتق ، وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام وتنتفي بانتفائها ، بدليل سائر شروط الأحكام .

الثاني : أنه إذا علقه على وصف ذي عدد ، فالعدد وصف في الشرط . ومتى علق الحكم على شرط ذي وصف لا يثبت مالم توجد الصفة ، كما لو قال لعبده : إن خرجت عارياً فأنت حر ، فخرج لابساً لا يعتق ، فكذلك العدد .

الثالث : أنه متى كان فى اللفظ مايدل على الكل لم يحنث بفعل البعض ، وكذلك لو حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ، ولو حلف لاصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً . ولو قال لامرأته : إن حضتِ حيضة فأنتِ طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة . وقد ذكر القاضى هذه المسائل ونظائرها ، وذكر الألف هاهنا يدل على إرادته أداء الألف كاملة .

الرابع : أننا لانسلم هذا الأصل الذى ادعاه ،وأنه إذا قال له : أنت حر إن أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه ، وإنما إذا حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه حنث فى رواية فى موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله اللفظ ، كمن حلف لا يصلى فشرع فى الصلاة ، أو لا يصوم فشرع فى الصوم ، أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ، ونحو هذا ، لأن الشارع فى الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذى شرع فيه ، والقدر الذى شربه من الإناء هو ماء الإناء ، وقرينة حاله تقتضى المنع من الكل ، فتقتضى الامتناع من الكل ، ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل ، فحنث لذلك .

ولو حلف على فعل شىء لم يبرأ إلا بفعل الجميع . وفى مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضى وجود أدائها ، فلايثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها ، كمن حلف ليؤدينّ ألفاً لم يبرأ حتى يؤديها .

الخامس : أن موضوع الشرط فى الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لايثبت المشروط بدون شرطه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من قال لاإله[1] إلاالله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق إلا العقوبة . وقال « من أحيا[2] أرضاً ميتة فهى له » فلو شرع فى الإحياء لم تكن له . ولو قال فى المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فهو سابق ، فسبق إلى أربع لم يكن سابقاً . ولو قال : من رد ضالتى فله دينار فشرع فى ردها لم يستحق شيئاً . فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل . وإنما الذى جاء عن أحمد فى الأيمان فيمن حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث ، لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهى ، والنهى عن فعل شىء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط ، والله أعلم .

القسم الثانى : صفة جمعت معاوضة وصفة ، والمغلب فيها حكم المعاوضة وهى الكتابة الصحيحة ، فهى مساوية للصفة المحضة فى العتق بوجودها ، وأنه لايجب عليه قيمة نفسه ، وأن الولاء لسيده ، وتخالفها فى أنه لو أبرأه السيد من المال برىء منه وعتق ، لأن ذمته مشغولة به فبرىء منه بإبرائه كثمن المبيع ، ولا ينفسخ

---

(١) من قال « لا إله إلاالله مخلصاً دخل الجنة » أخرجه البزار عن أبى سعيد (ف) .

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن سعيد بن زيد (ف) .

بموت السيد ولا بيع المكاتب ولاهبته ، لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع ، وما كسبه قبل الأداء فهو له ، ومافضل فى يده بعد الأداء فهو له ، وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها .

القسم الثالث : صفة فيها معاوضة ، والمغلب فيها حكم الصفة ، وهى الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول ، أو نجم واحد ، أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة ، فتساوى الصفة المحضة والكتابة فى أنه لايعتق بالأداء ، لأنه عتق معلق على شرط ، ولاتلزمه قيمة نفسه ، ولايبطل بجنون المكاتب ولاالحجر عليه ، لأن الحجر للرق لايمنع صحة كتابته ، فلايقتضى حدوثه إبطالها . وإن أدى حال جنونه عتق ، لأن الصفة وجدت .

وقال أبو بكر : لا يعتق بذلك ، ويفارقهما فى أن للسيد فسخها ورفعها ، لأنها فاسدة ، والفاسد يشرع رفعه وإزالته ، ويفارق الكتابة الصحيحة فى أنها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه ، لأنه عقد جائز من جهته ، فبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة . وقد قال أحمد : إذا وسوس فهو بمنزلة الموت ، وهذا قول القاضى . وقال أبو بكر : لا تبطل بشىء من ذلك ، لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة . وتفارق الصفة المحضة فى أن كسب العبد قبل الأداء له ، وما فضل فى يده بعد الأداء فهو له دون سيده ، ويتبع المكاتبة ولدها حملا لها على الكتابة الصحيحة فى أحد الوجهين فيهما ، وفى الآخر لا يستحق كسبه ولا يتبع المكاتبة ولدها ، لأن العتق حصل بالصفة لا بالكتابة . وأما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضى : هى كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالأداء . وقال أبو بكر : لا يعتق فيها بالأداء ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية الميمونى إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة . وينبغى أن يقال : إن علق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر . وإن قال : كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبى بكر ، والله أعلم .

٨٦٦٧ (فصــــل)

وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف ، عتق ولا شىء عليه ، لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف ، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا . ونقل جعفر بن محمد قال : سمعت أبا عبد الله قيل له : إذا قال : أنت حر وعليك ألف درهم ؟ قال : جيد ، قيل له : فإن لم يرض العبد ؟ قال : لا يعتق إنما قاله له على أن يؤدى إليه ألف درهم فإن لم يؤد فلا شىء . وإن قال : أنت حر على ألف ، فكذلك فى إحدى الروايتين لأن (على) ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك ألف .

والثانية : إن قبل العبد عتق ولزمته الألف ، وإن لم يقبل لم يعتق ، وهذا قول مالك والشافعى

وأبى حنيفة ، لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال : أنت حر بألف ، وهذه الرواية أصح ، لأن (على) تستعمل للشرط والعوض . قال الله تعالى (قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا)[1] وقال تعالى (فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا)[2] ولو قال فى النكاح : زوجتك ابنتى فلانة على صداق خمسمائة درهم ، فقال الآخر : قبلت ، صح النكاح وثبت الصداق . وقال الفقهاء : إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها ، كان ذلك جائزاً ، فأما إذا قال : أعتقتك على أن تخدمنى سنة فقبل ، ففيها روايتان كالتى قبلها ، وقيل : إن لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة . فعلى هذا إذا قبل العبدعتق فى الحال ولزمته خدمته سنة، فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقى من الخدمة بهذا . وقال الشافعى وقال أبو حنيفة : تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيقسط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته .

ولنا : أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته كالخلع فى النكاح والصلح فى دم العمد . وإن قال : أنت حر على أن تعطينى ألفاً ، فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل ، فإذا قبل عتق ولزمه الألف . وإن قال : أنت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف .

٨٦٦٨ (فصـــل)

وإذا علق عتق أمته بصفة وهى حامل ، تبعها ولدها فى ذلك ، لأنه كعضو من أعضائها ، فإن وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق ، لأنه تابع فى الصفة ، فأشبه ما لو كان فى الصفة ، فأشبه ما لو كان فى البطن . وإن كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهى حامل عتقت هى وحملها ، لأن العتق وجد فيها وهى حامل فتبعها ولدها كالمنجز . وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد ، لأن الصفة لم تتعلق به لا فى حال التعلق ولا فى حال العتق . وفيه وجه آخر أنه يتبعها فى العتق قياساً على ولد المدبرة . وإن بطلت الصفة ببيع أو موت لم يعتق الولد ، لأنه إنما يتبعها فى العتق لا فى الصفة ، فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فإنه تبعها فى التدبير ، فإذا بطل فيها بقى فيه .

٨٦٦٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أسلمت أم ولد النصرانى منع من غشيانها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها ، فإن أسلم حلت له ، وإذا مات عتقت ﴾ .

هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد ، فإنه أليق بها .

(١) سورة الكهف آية ٦٦ (٢) سورة الكهف آية ٩٤

٨٦٧٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لأَمته : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت اثنين أقرع بينهما ، فمن أصابته القرعة فهو حر إذا أشكل أولهما خروجاً ﴾ .

إنما كان كذلك لأن أحدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه ، فوجب إخراجه بالقرعة ، كما لو قال لعبيده : أحدكم حر . وقد سبق القول في هذه المسألة ، فأما إن علم أولهما خروجاً فهو الحر وحده ، وهذا قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران .

ولنا : أنه إنما أعتق الأول ، والذي خرج أولا هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو لولدتهما في بطنين .

٨٦٧١ (فصـل)

فإن ولدت الأول ميتاً والثاني حياً ، فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، لأن شرط العتق إنما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به ، وإنما قلنا : إن شرط العتق إنما وجد فيه لأنه أول ولد ، بدليل أنه لو قال لأمته : إذا ولدتِ ولداً فأنتِ حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت .

ووجه الأول أن العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي ، كما لو قال : إن ضربت فلاناً فعبدي حر فضربه حياً عتق ، وإن ضربه ميتاً لم يعتق ، ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه ، فكأنه قال : أول ولد تلدينه حيًّا فهو حر .

٨٦٧٢ (فصـل)

وإن قال لأَمته : كل ولد تلدينه فهو حر ، عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعي والأوزاعي والليث والثوري . قال ابن المنذر : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، فإن باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها ، لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه .

٨٦٧٣ (فصـل)

فإن قال : أول غلام أملكه فهو حر ، انبنى ذلك على العتق قبل الملك ، وفيه روايتان ، فإن قلنا : يصح عتق أول من يملكه ، فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول أحمد ، فإنه قال في رواية مهنا : إذا قال : أول من يطلع من عبيدي فهو حر ، فطلع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ، ويحتمل أن

يعتقا جميعاً ، لأن الأولية وجدت فيهما جميعاً فتثبت الحرية فيهما ، كما لو قال فى المسابقة : من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا فى العشرة : وقال النخعى : يعتق أيهما شاء . وقال أبو حنيفة : لا يعتق واحد منهما ، لأنه لا أول فيهما ، لأن كل واحد منهما مساوٍ للآخر ، ومن شرط الأولية سبق الأول .

ولنا : أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد ، وليس من شرط الأول أن يأتى بعده ثان ، بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً ، وإذا كانت الصفة موجودة فيهما فإما أن يعتقا جميعاً أو يعتق أحدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل ، وكذلك الحكم فيما إذا قال : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً ، فالحكم فيهما كذلك .

٨٦٧٤ (فصـــــل)

وإن قال : آخر عبد أملكه فهو حر ، فملك عبيداً لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت ، لأنه ما دام حياً فهو يحتمل أن يملك عبداً يكون هو الآخر ، فإذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فيكون إكسابه له ، وإن كانت أمة كان أولادها أحراراً من حين ولدتهم ، لأنهم أولاد حرة ، وإن كان وطئها فعليه مهرها ، لأنه وطىء حرة أجنبية ، ولا يحل له أن يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها ، لأنه ما لم يملك بعدها غيرها فهى آخر فى الحال ، وإنما يزول ذلك بملك غيرها ، فوجب أن يحرم الوطء ، وإن ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات ، فالحكم فى عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين فى المسألة التى قبلهـا .

٨٦٧٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال العبد لرجل : اشترنى من سيدى بهذا المال فأعتقنى ، ففعل ، فقد صار حراً ، وعلى المشترى أن يؤدى إلى البائع مثل الذى اشتراه به ، وولاؤه للذى اشتراه ، إلا أن يكون قال له : بعنى بهذا المال فيكون الشراء والعتق باطلا ، ويكون السيد قد أخذ ماله ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا دفع إلى أجنبى مالاً وقال : اشترنى من سيدى بهذا المال فأعتقنى ، ففعل ، لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو فى ذمته ثم ينقد المال ، فإن اشتراه فى ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز ، لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له ، وعلى المشترى أداء الثمن الذى اشتراه به ، لأنه لزمه الثمن بالبيع ، والذى دفعه إلى السيد كان ملكا له لا يحتسب له به من الثمن ، فيبقى الثمن واجباً عليه يلزمه أداؤه ، وكان العتق من ماله والولاء له ، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر ، وأما إن اشتراه بعين المال فالشراء باطل والعتق غير واقع ، لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه ، فلم يصح الشراء ولم يقع العتق ، لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ، ويكون السيد قد أخذ ماله ، لأن ما فى يد العبد محكوم به لسيده .

وعلى الرواية التي تقول : إن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود ، يصح البيع والعتق ، ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ، ونحو هذا قال النخعي وإسحاق ، فإنهما قالا : الشراء والعتق جائزان ، ويرد المشترى مثل الثمن من غير تفريق .

وقال الحسن : البيع والعتق باطلان ، وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً ، وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين ، فكان أولى إن شاء الله تعالى .

٨٦٧٦ (فصـــل)

ولو كان العبد بين شريكين ، فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه ، عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد ، لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما ، إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن كان العوض مستحقاً إذ لم يقع العتق على عينها ، وإنما سمى خمسين ثم دفعها إليه ، وأن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ، ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ، فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق .

٨٦٧٧ (فصـــل)

ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبي حر ، عتق وسرى إلى نصيب شريكه ، ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه والولاء للموكل ، وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف إلى نصيبه ، لأنه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك ، واحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه ، لأنه أمره بالإعتاق فانصرف إلى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف إليهما ، لأنهما تساويا فانصرف إليهما ، وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن الوكيل إن أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه ، لأنه مأذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن ، كمن أذن له في إتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية ، وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان ، لأنه مباشر لسبب الإتلاف ، فلم يجب له ضمان ما تلف به ، كما لو قال له أجنبي : أعتق عبدك فأعتقه ، والله أعلم .

كتاب التدبير

ومعنى التدبير : تعليق عتق عبده بموته ، والوفاة دبر الحياة ، يقال : دابر الرجل يدابر مدابرة ، إذا مات ، فسمى العتق بعد الموت تدبيراً ، لأنه إعتاق فى دبر الحياة . والأصل فيه السنة والإجماع .

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دُبُر منه ، فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من يشتريه منى ؟ » فباعه من نُعَيمْ بنِ عبدِ الله بثمانمائةِ درهم ، فدفعها إليه وقال « أنت أحْوَجُ منه[1] » متفق عليه .

وأما الإجماع ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات . والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دَين إن كان عليه ، وإنفاذ وصاياه إن كان وصى ، وكان السيد بالغاً جائز الأمر أن الحرية تجب له أو لها .

٨٦٧٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، أو أنت حر بعد موتى فقد صار مدبراً ﴾ .

---

(١) هذا الحديث رواه البخارى فى البيوع ج ٣ ص ٩١ ، ١٠٩ والاستقراض ومن باع مال المفلس ص١٥٦ ومن رد أمر السفيه ص ١٥٩ وبيع المــدبر ص ١٩٢ ورواه فى كفارة الأيمان ج ٨ ص ١٨١ ، ١٨٢ ورواه فى الإكراه ج ٩ ص ٢٧ وفى الأحكام ج ٩ ص ٩١

كذلك رواه مسلم فى الزكاة باب الابتــداء فى النفقة بالنفس ج ٢ ص ٦٩٢ ، ٦٩٣ كتاب الأيمان ج ٣ ص ١٢٨٩ وأبو داود فى العتق ج ٢ ص ٣٥٢ والترمذى فى البيوع ج ١ ص ٢٣٠ والنسائى فى الزكاة ج ٥ ص ٧٠ وفى البيوع ج ٧ ص ٣٠٤ وفى القضاء ج ٨ ص ٢٤٦ وفى ابن ماجة فى العتق ج ٢ ص ١٠٤

واسم الرجل كما فى مسلم وأبى داود والنسائى (أبو مذكور) من بنى عذرة أنصارى واسم الغلام (يعقوب) عبد قبطى.

واسم المشترى (نعيم بن عبد الله) العدوى.

وثمنه (ثمانمائة درهم) على الصحيح وفى رواية لأبى داود سبعمائة أو تسعمائة وليس فى رواياته لفظ « أنت أحوج منه» والوارد « أبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شىء فلأهلك » كما فى مسلم ، ونحوه فى كتب السنة الأخرى.

وقــد باعه النبى صلى الله عليه وسلم فى حياة الذى دبره كما تفيده الروايات عدا رواية الترمذى ففيها أنه باعه بعـد وفاته .

وسبب بيعه كما تفيده الروايات أن الرجل كان مديناً محتاجاً فهو أحق بثمنه . (ف)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت ، فقال : أنت حر ، أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق بعد موتى ، صار مدبراً بلا خلاف نعلمه ، وأما إن قال : أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، فإنه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقار إلى نية ، وهذا منصوص الشافعى .

وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر أنه ليس بصريح فى التدبير ، ويفتقر إلى النية ، لأنهما لفظان لم يكثر استعمالها فافتقرا إلى النية كالكنايات .

ولنا : أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر إلى النية كالبيع ، ويفارق الكنايات ، فإنها غير موضوعة له ، ويشاركها فيه غيرها ، فافتقرت إلى النية للتعيين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع .

٨٦٧٩ (فصـــل)

ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال فى قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن على وابن عمر ، وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال ، لأنه عتق ، فينفذ من رأس المال كالعتق فى الصحة وعتق أم الولد .

ولنـا : أنه تبرع بعد الموت ، فكان من الثلث كالوصية ، ويفارق العتق فى الصحة ، فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ فى الجميع كالهبة المنجزة .

وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال وليس[1] عليها عمل . قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة .

٨٦٨٠ (فصـــل)

وإن اجتمع العتق فى المرض والتدبير قدم العتق ، لأنه أسبق ، وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا ، لأنهما جميعاً عتق بعد الموت ، ويحتمل أن يقدم التدبير ، لأن الحرية تقع فيه عند الموت ، والوصية تقف على الإعتاق بعده .

٨٦٨١ (فصـــل)

ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً .

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر ، كقوله : أنت حر بعد موتى .

والمقيد ضربان :

---

(١) أى لا يعمل بهذه الرواية ولا يفتى بها (ف).

أحدها : خاص ، نحو أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى بلدى هذا أو عامى هذا فأنت حر ، فهذا جائز على ما قال ، إن مات على الصفة التى شرطها عتق العبد ، وإلا لم يعتق .

وقال مهنا : سألت أحمد عمن قال لعبده : أنت حر مدبر اليوم ؟ قال : يكون مدبراً ذلك اليوم ، فإن مات ذلك اليوم صار حراً ، يعنى إذا مات المولى .

الضرب الثانى : أن يعلق التدبير على صفة ، مثل أن يقول : إن دخلت الدار ، أو إن قدم زيد ، أو إن شفى الله مريضى ، فأنت حر مدبر ، أو فأنت حر بعد موتى ، فهذا لا يصير مدبراً فى الحال ، لأنه علق التدبير على شرط ، وإذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده . وإن لم يوجد الشرط فى حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق ، لأن إطلاق الشرط فى حياة السيد يقتضى وجوده فى الحياة ، بدليل ما لو لم علق عليه عتقاً منجزاً . فقال : إذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ، وكما لو قال لوكيله : بع عبدى ، فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالته .

ولأن المدبر من علق عتقه بالموت ، وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير .

وإن قال : إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين :

إحداهما : لا يعتق ، وهو قياس المنصوص عنه فى قوله أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر ، فإنه قال : لا يعتق ، لأنه علق العتق بصفة توجد فى ملك غيره ، فلم يعتق كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعى إياك فأنت حر ، ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز .

والثانية : يعتق ، وهو الذى ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه صرح بذلك فحمل عليه ، كما لو وصى بإعتاقه ، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها . ويفارق التصرف بعد البيع ، فإن الله تعالى جعل الإنسان التصرف بعد موته فى ثلثه بخلاف ما بعد البيع . والأول أصح إن شاء الله تعالى. ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة ، لأن الملك لا يستقر للورثة فيه ، ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا .

وقولهم : حصل له التصرف فى ثلثه .

قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفاً يثبت عقيب موته ، ويمنع انتقاله إلى الوارث . وإن ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر ، وقد قيل : يكون مراعى ، فإذا قبل الموصى له تبينا أن الملك كان له من حين الموت ، وإن لم يقبل تبينا أنه كان للوارث.

فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء،ومن صحح هذا الشرط احتمل

أن يمنع الوارث من التصرف فى رقبته ، لأنه يستحق العتق ، فأشبه الموصى بعتقه ، واحتمل أن لا يمنعه ، لأنه علق عتقه على صفة غير الموت ، فلم يمنع من التصرف فيه ، كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث ، لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط ، كما لو كان الوارث هو الذى علق عتقه .

٨٦٨٢ (فصـــل)

فإن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ، أوقال : بيوم ،فقال أحمد فى رواية مهنا : لا يعتق ولا تصح هذه الصفة . وقال أيضاً : سألت أحمد عن رجل قال لعبده : أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم ، فقال : هـذا كله لا يكون شيئاً بعد موته ، وهذا اختيار أبى بكر . وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى أنه يعتق إذا وجدت الصفتان الموت ومضى المدة المذكورة ، وبهذا قال الثورى وأبو يوسف وإسحاق ، ووجه الروايتين ماتقدم .

وقال أصحاب الرأى : لا يعتق حتى يعتقه الوارث . وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملـكا للوارث وكسبه له ، كأم الولد والمدبر فى حياة السيد ، وإن كان أمة فولدت قبـل وجود الصفة فولدها يتبعها فى التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هى .

٨٦٨٣ (فصـــل)

إذا قال لعبـده : إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى ، فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً ، وإن قرأ بعضه لم يصر مدبراً . وإن قال : إذا قرأت قرآناً فأنت حر بعـد موتى . فقرأ بعض القرآن صار مدبراً ، لأنه فى الأولى عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه . وهاهنا نـكّره فاقتضى بعضه .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى : (فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ[1]) وقال : (وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَسْتُورًا[2]) ولم يرد جميعه .

قلنا : قضية اللفظ تتناول جميعه ، لأن الألف واللام للاستغراق ، وإنما حمل على بعضه بدليل ، فلا يحمل على البعض فى غير ذلك الموضع بغير دليل ، ولأن قرينة الحال تقتضى قراءة جميعه ، لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه فى قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية ، والظـاهر أنه لا يجازى بهـذا الأمر الـكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق . أما قراءته آية أو آيتين فلا .

---

(١) سورة النمل آية ٩٨ (٢) سورة الإسراء آية ٤٥

٨٦٨٤ (فصـــل)

فإن قال لعبده : إن شئت فأنت حر بعد موتى ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أى وقت شئت فأنت حر بعد موتى فهو تدبير بصفة ، فتى شاء فى حياة سيده صار مدبراً يعتق بموت سيده ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى ، فدخلها فى حياته . وإن مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة ، كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار . وإن قال متى شئت بعد موتى فأنت حر ، أوأى وقت شئت بعدموتى فأنت حر ، فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت ، وقد ذكرنا أنه لايصح ، وأن قول القاضى صحته . فعلى قوله يكون ذلك على التراخى ، فتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده ، لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به ، فإن فى كسبه قبل القبول وجهين :

أحدهما : أنه يكون للموصى له ، لأننا تبينا أنه ملكه من حين الموت ، وهاهنا لايثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لأنه عتق معلق على شرط ، فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحــداً . وذكر القاضى فى قوله : إذا شئت أو إن شئت فأنت حر بعد موتى أنه على الفور ، فإن شاء فى المجلس صار مدبراً ، وإن تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصر مدبراً بالمشيئة بعده ، بناء على قوله : اختارى نفسـك ، فإن الاختيار يقف على المجلس وهذا فى معناه . وإن قال : إن شئت بعـد موتى ، أو إذا شئت بعد موتى فأنت حر ، كان على الفور أيضاً ، فتى شاء عقيب موت سيده ، أو فى المجلس صار حراً . وإن تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية . وقد ذكر فى الطلاق أنه إذا قال : أنتِ طالق إن شئتِ وشاء أبوكِ ، فشاءا معاً ، وقع الطلاق ، سواء شاءا على الفور أو التراخى ، أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخى ، وهذا مثله ، فيخرج فى كل مسألة مثل ما ذكر فى الأخرى .

٨٦٨٥ (فصـــــل)

إذا قال لعبده : إذا مت فأنت حر أو لا ؟ أو قال : فأنت حر ؟ أو لست بحر ؟ لم يصر مدبراً ، لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق ، فأشبه ما لو قال لزوجته : أنتِ طالق أولا ؟ وقد ذكرنا ذلك فى الطـلاق .

٨٦٨٦ (فصـــل)

وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه ، موسراً كان أو معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسرى تدبيره إذا كان موسراً ، ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه استحق العتق بموت سيده ، فسرى ذلك فيه كالاستيلاد . وللشافعى قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ، ويفارق الاستيلاد ، فإنه آكد، ولهذا يعتق من جميع المال ، ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك ، فعلى هذا إذا مات المدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث ، وهل يسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقى فى غير هذا الموضع ، وإن أعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فيها وجهين . وللشافعى فيها قولان :

أحدهما : كقولنا .

والثانى : لايسرى عتقه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر إبطاله .

ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شِرْكاً له فى عبد فكان له مايبلغ قيمة العبد قُوِّمَ عليه قيمةَ العَدْلِ وأُعْطِىَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُم ، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ[1] » ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذى هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لاأصل له ، ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة .

٨٦٨٧ (فصـــل)

وإن دبر كل واحد منهما نصيبه ، فمات أحدهما عتق نصيبه وبقى نصيب الآخر على التدبير إن لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه ، وإن كان بقى به فهل يسرى العتق إليه ؟ على روايتين ، وإن قال كل واحد منهما إذا متنا فأنت حر ، فقال أبو بكر : قال أحمد : إذا مات أحدهما فنصيبه حر . وظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر ، فإنه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعض ، كقوله ركب الناس دوابهم ، ولبسوا ثيابهم ، وأخذوا رماحهم ، يريد لبس كل إنسان ثوبه ، وركب دابته ، وأخذ رمحه . وكذلك إن قال : أعتقوا عبيدهم ، لأن معناه أعتق كل واحد عبده .

وقال القاضى : هذا تعليق للحرية بموتهما جميعاً ، وإنما قال أحمد : يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ، ولا يصح هذا ، لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ، ولأننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل . ومقتضى قول القاضى أن لايعتق شىء منه قبل موتهما جميعاً .

---

(١) أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن ابن عمر (ف).

وإن قال كل واحد منهما : أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتاً ، انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت . وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك ، فإن قلنا : بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً ، وإن قلنا : لايصح ذلك ، عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير ، وفى سرايته إلى باقيه إن كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان .

وإن قال كل واحد منهما : إذا مت قبل شريكى فنصيبى له ، فإذا مات فهو حر ، وإن مت بعده فنصيبى حر ، فقد وصى كل واحد منهما للآخر ، فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر ، فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له إن قلنا : لايصح تعليق العتق على صفة بعد الموت ، وإن قلنا : يصح ، عتق عليهما ، وولاؤه بينهما .

٨٦٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وله بيعه فى الدَّين ﴾ .

ظاهر كلام الخرقى أنه لايباع فى الدَّين ، وقد أومأ إليه أحمد . وقال مالك : لايباع إلا فى دَين يغلب رقبة العبد ، فإذا كان العبد يساوى ألفاً ، فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد . وروى عن أحمد أنه قال : أنا أرى بيع المدبر فى الدَّين ، وإذا كان فقيراً لايملك شيئاً رأيت أن أبيعه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد باع المدبر لما علم أن صاحبه لايملك شيئاً غيره ، باعه النبى صلى الله عليه وسلم لما علم حاجته ، وهذا قول إسحاق وأبى أيوب وأبى خيثمة وقالا : إن باعه من غير حاجة أجزناه . ونقل جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقاً فى الدَّين وغيره مع الحاجة وعدمها . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه ، قال : له أن يبيعه محتاجاً كان إلى ذلك أو غير محتاج ، وهذا هو الصحيح .

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعى . وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى ومالك ، لأن ابن عمر رضى الله عنهما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لايباع[1] المدبر ولا يشترى » ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد .

ولنا : ماروى جابر رضى الله عنه « أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله

---

(١) فى سنن الدارقطنى ج ٤ ص ١٣٨ عن ابن عمر «أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث » قال الدارقطنى : لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله (ف) .

عليه وسلم : من يشتريه مني ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه وقال : أنت أحوج منه» متفق عليه . قال جابر : عبد قبطي مات عام أول في أمارة ابن الزبير .

وقال أبو إسحاق الجوزجاني : صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ، ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية . قال أحمد : هم يقولون من قال : غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر ، وإن قال : غداً فله بيعه اليوم ، وإن قال : إذا مت ، قال: لا يبيعه فالموت أكثر من الأجل ، ليس هذا قياساً ، إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون فيمن قال : إن مت من مرضي هذا فعبدي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء ، وإن قال إن مت فهو حر لا يباع ، هذا متناقض ، إنما أصله الوصية من الثلث ، فله أن يغير وصيته مادام حياً ، فأما خبرهم فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم ، إنما هو من قول ابن عمر . وقال الطحاوي : هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب . أما أم الولد فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ، ولا يمكن إبطاله بحال ، والتدبير بخلافه ووجه قول الخرقي أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة .

٨٦٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا تباع المدبرة في الدَّين إلا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى الأمة كالعبد ﴾ .

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير إمامنا رحمه الله ، وإنما احتاط في رواية المنع من بيعها ، لأن فيه إباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها ، فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه . والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات ، فإنه إنما قال : لا يعجبني بيعها ، والصحيح جواز بيعها ، فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ، ولأن المدبرة في معنى المدبر، فما ثبت فيه ثبت فيها .

٨٦٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا دبر عبده ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، عاد تدبيره ، لأنه علق عتقه بصفة ، فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة ، كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار ، ثم باعه ، ثم اشتراه . وذكر القاضي أن

هذا مبنى على أن التدبير تعليق بصفة . وفيه رواية أخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود ، لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه . ومذهب الشافعى مثل هذا ، إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان ، والصحيح ماقال الخرقى ، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه ، بل هو جامع للأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه .

٨٦٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو دبره ثم قال : قد رجعت فى تدبيرى ، أو قد أبطلته ، لم يبطل ، لأنه علق العتق بصفة فى إحدى الروايتين ، والأخرى يبطل التدبير ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا ، فالصحيح أنه لا يبطل ، لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل ، كما لو قال لعبده . إن دخلت الدار فأنت حر ، والثانية يبطل ، لأنه جعل له نفسه بعد موته ، فكان ذلك وصية ، فجاز الرجوع فيه بالقول ، كما لو وصى له بعبد آخر ، وهذا قول الشافعى القديم .

وقوله الجديد كالرواية الأولى ، وهو الصحيح ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه ، لأنه لا يملك نفسه ، وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره ، وتتنجز عقيب الموت كتنجيزها عقيب سائر الشروط ، ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين ، فثبت فيه حكم التعليق فى امتناع الرجوع ويجتمعان فى حصول العتق بالموت .

٨٦٩٢ (فصل)

إذا قال السيد لمدبره : إذا أديت إلى ورثتى كذا فأنت حر ، فهو رجوع عن التدبير ، وينبنى على الروايتين ، إن قلنا : له الرجوع بالقول فظاهره أنه بطل التدبير ها هنا . وإن قلنا : ليس له الرجوع ، لم يؤثر القول شيئاً ، وإن دبره كله ثم رجع فى نصفه صح إذا قلنا : له الرجوع فى جميعه ، لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع فى تدبير نصفه ، وإن غيّر التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير وإلا فلا ، وإن كان مقيداً فأطلقه صح على كل حال ، لأنه زيادة فلا يمنع منها . وإذا دبر الأخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير ، لأن إشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق فى أحكامه . وإن دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته ، وإن لم تفهم إشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه .

٨٦٩٣ (فصل)

وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من

تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه ، لأن عتقه بسبب من جهة سيده ، فأشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

٨٦٩٤ (فصـــــل)

وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره ، لأن ملك سيده باق عليه ، ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع إن كان مقدوراً عليه ، فإن سباه المسلمون لم يملكوه ، لأنه مملوك لمعصوم ، ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمه ويستتاب ، فإن تاب وإلا قتل . وإن لم يعلم به حتى قسم لم يرد إلى سيده فى إحدى الروايتين .

والأخرى : إن اختار سيده أخذه بالثمن الذى حسب به على آخذه أخذه ، وإن لم يختر أخذه بطل تدبيره ، ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره ، وإن لم يعد إلى سيده بطل تدبيره ، كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو فى يده . وإن مات سيده قبل سبيه عتق ، فإن سبى بعد هذا لم يرد إلى ورثة سيده ، لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ، ولكن يستتاب ، فإن تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وإن لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه ، لأنه لا يجوز إقراره على كفره . وقال القاضى : لا يجوز استرقاقه إذا أسلم ، وهو قول الشافعى ، لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذى أعتقه .

ولنا : أن هذا لا يمنع قتله وإذهاب نفسه وولائه ، فلأن لا يمنع تملكه أولى ، ولأن المملوك الذى لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ، ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه ، والملك آكد من الولاء ، فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى .

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ، ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه . وعلى قول القاضى ومذهب الشافعى لايملكونه . فإن كان سيده ذمياً جاز استرقاقه فى قول القاضى . ولأصحاب الشافعى فى استرقاقه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهذا حجة عليهم ، لأن عصمة مال الذمى كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه ، سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة .

وقال القاضى : الفرق بينهما أن سيده هاهنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف المسلم .

قلنا : إنما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده ، وأما إذا ارتد مدبره

فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه ، وهو والمسلم فى ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولاء أحدهما جاز فى الآخر مثله .

٨٦٩٥ (فصـــــل)

فإن ارتد سيد المدبر ، فذكر القاضى أن المذهب أنه يـكون موقوفاً ، فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله ، لأنا تبينا أن ملـكه لم يزل ، وإن قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر ، لأنا تبينا أن ملـكه زال بردته .

وقال أبو بكر : قياس قول أبى عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة ، فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير. وقال الشافعى : التدبير باق ويعتق بموت سيده ، لأن تدبيره سبق ردته فهو كبيعهوهبته قبل ارتداده .وهذا ينبنى على القول فى مال المرتد هل هو باق على ملـكه أو قد زال بردته ؟ وقد ذكر فى باب المرتد . فأما إن دبر فى حال ردته فتدبيره مراعى ، فإن عاد إلى الإسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحاً ، وإن قتل أو مات على ردته تبينا أنه وقع باطلا ولم يعتق المدبّر .

وقال ابن أبى موسى : تدبيره باطل ، وهذا قول أبى بكر ، لأن الملك عنده يزول بالردة ، وإذا أسلم رد إليه تملـكا مستأنفاً .

٨٦٩٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها ﴾ .

وجملته : أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين :

أحدهما : أن يكون موجوداً حال تدبيرها ، ويعـــلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير ، فهذا يدخل معها فى التدبير بلا خلاف نعلمه ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها ، فإن بطل التدبير فى الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل فى الولد ، لأنه ثبت فيه أصلا .

الحال الثانى : أن تحمل به بعد التدبير ، فهذا يتبع أمه فى التدبير ، ويكون حكمه كـحكمها فى العتق بموت سيدها فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبى والنخعى وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والثورى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى .

وذكر القاضى : أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشرط المولى . قال : فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء ، وللشافعى قولان كالمذهبين :

أحدهما : لا يتبعها ، وهو اختيار المزنى ، لأن عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده ، فأشبهت من

علق عتقها بدخول الدار . قال جابر بن زيد : إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت فإن ثمرته لك ما عشت ، ولأن التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها .

ولنا : ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا : ولد المدبرة[1] بمنزلتها ، ولم نعرف لهم من الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، ولأن الأم استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ، ويفارق التعليق بصفة فى الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منهما ، لأنه اجتمع فيه الأمران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه . فعلى هذا إن بطل التدبير فى الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل فى ولدها ، ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير . فإن لم يتسع الثلث لهما جميعاً أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق إن احتمله الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث . وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر ، كما لو دبر عبداً وأمة معاً . وأما الولد الذى وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافاً فى أنه لا يتبعها ، لأنه لا يتبع فى العتق المنجز ، ولا فى حكم الاستيلاد ، ولا فى الكتابة ، فلأن لا يتبع فى التدبير أولى . قال الميمونى : قلت لأحمد : ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها ؟ قال : لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك ، إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت .

وقال حنبل : سمعت عمى يقول فى الرجل يدبر الجارية ولها ولد ؟ قال : ولدها معها ، وجعل أبو الخطاب هذه رواية فى أن ولدها قبل التدبير يتبعها ، وهذا بعيد ، والظاهر أن أحمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها ، وإنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به فى غير هذه الرواية ، فإن ولدها الموجود لا يتبعها فى عتق ، ولا كتابة ، ولا استيلاد ، ولا بيع ، ولا هبة ، ولا رهن ، ولا شيء من الأسباب الناقلة للملك فى الرقبة .

٨٦٩٧ (فصـــــل)

فإن علق عتق أمته بصفة نظرنا ، فإن كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه ، لأنه كعضو من أعضائها ، وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك . وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ، لم يتبعها فى الصفة ولم يعتق بوجودها : وفيه وجه آخر : أنه يعتق بها ويتبع أمه فى ذلك . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ووجه اتباعه إياها أنها استحقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة .

ولنا : أنه يملكها ملكا كاملا ، ويباح له التصرف فى رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف،فلم يعتق

---

(١) روى عبد الرازق فى (مصنفه) أخبرنا معمر عن سعيد بن عبد الرحمن الجحى عن يزيد بن عبد الله بن قسيط عن ابن عمر قال « ولد المدبر بمنزلته » وأخرج عن الزهرى وابن المسيب نحوه (ف)

ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه ، وتفارق المدبرة ، فإن التدبير آكد لما ذكرنا . ولهذا اختلف فى جواز بيعها والتصرف فيها .

٨٦٩٨ (فصـــل)

فأما ولد المدبرة ، فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً . وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهرى والأوزاعى والليث . وذلك لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وإن تسرى بإذن سيده فولد له أولاد ، فروى عن أحمد أنهم يتبعونه فى التدبير .

وروى ذلك عن مالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن إباحة التسرى تنبنى على ثبوت الملك ، وولد الحر من أمته يتبعه فى الحرية دونها ، كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه فى ذلك كولد المكاتب من أمته .

٨٦٩٩ (فصـــل)

وإذا ولدت المدبرة فرجع فى تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع ، لم يتبعها ولدها ، لأن الولد المنفصل لا يتبع فى الحرية ولا فى التدبير ، ففى الرجوع أولى ، وإن رجع فى تدبيره وحده جاز ، لأنه إذا جاز الرجوع فى الأم المباشرة بالتدبير ، ففى غيرها أولى ، وإن رجع فى تدبيرها جاز . كما لو دبرها وابنها المنفصل . وإن دبرها حاملا ثم رجع فى تدبيرها حال حملها ، لم يتبعها الولد فى الرجوع ، لأن التدبير إعتاق ، والإعتاق مبنى على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه . وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لزماه جميعاً ، وإن نفى أحدهما لم ينتف الآخر ، وإن رجع فيهما جميعاً جاز ، وإن رجع فى أحدهما دون الآخر جاز ، وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز ، لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه ، فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ، ولأنه تعليق للعتق بصفة ، فجاز فى أحدهما دون الآخر ، كالتعليق بدخول الدار ، وإن دبر أمته ثم قال : إن دخلتِ الدار فقد رجعت فى تدبيرى لم يصح ، لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة . وإن قال : كلما ولدتِ ولداً فقد رجعت فى تدبيره لم يصح لذلك .

٨٧٠٠ (فصـــل)

وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها فى ولدها ، فقالت : ولدتهم بعد تدبيرى فعتقوا معى ، وقال الورثة : بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا . فالقول قول الورثة مع أيمانهم ، لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم ، فإذا لم تكن بينة ، فالقول قول من يوافق قوله الأصل .

٨٧٠١ (فصـــل)

وكسب المدبر فى حياة سيده لسيده ، وله أخذه منه ، لأن التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق ،

أو بالتعليق له على صفة ، أو بالاستيلاد ، وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر ، فإن اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه . فقال : كسبته بعد حريتي ، وقالوا : بل قبل ذلك . فالقول قوله ، لأنه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقاً لهم ، فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينة الخارج ، وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل ، وإن أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته . فالقول قول الوارث ، لأن الأصل معهم ، فإن أقام المدبر بينة بدعواه قبلت ، وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة ، لأن بينة المدبر تشهد بزيادة . وإن لم يقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده فأقام الورثة بينة به ، فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين .

٨٧٠٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وله إصابة مدبرته ﴾ .

يعني له وطؤها . روي عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤها ، وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد ابن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والأوزاعي والليث والشافعي . قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري . وحكي عن الأوزاعي أنه كان يقول : إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده ، وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها .

ولنا: أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها : لقول الله تعالى : (أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ [1]) وكأم الولد .

٨٧٠٣ (فصل)

وابنة المدبرة كأمها في حل وطئها إن لم يكن وطىء أمها . وعنه ليس له وطؤها ، لأن حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبة .

ولنا : أن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكأمها ، واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبة فألحقت بأمها ، وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها ، وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها . وكلام أحمد محمول على أنه وطىء أمها فحرمت عليه لذلك .

٨٧٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين ، أو شاهد ويمين العبد ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة ، لأنه يدعي استحقاق العتق . ويحتمل أن لا تصح الدعوى ، لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة إنكار الوصية ، وإنكار الوصية رجوع

(١) سورة المؤمنون آية ٦ .

عنها فى أحد الوجهين ، فيكون إنكار التدبير رجوعاً عنه ، والرجوع عنه يبطله فى أحد الوجهين فتبطل الدعوى . والصحيح أن الدعوى صحيحة ، لأن الصحيح أن الرجوع عن التدبير لا يبطله ، ولو أبطله فما ثبت كون الإنكار رجوعاً ، ولو ثبت ذلك فلا يتعين الإنكار جواباً للدعوى ، فإنه يجوز أن يكون جوابها إقراراً .

فإذا ثبت هذا ، فإن السيد إن أقر فلا كلام ، وإن أنكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت للعبد بينة حكم بها ، ويقبل فيه شاهدان عدلان بلا خلاف ، وإن لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه ، أو شاهد وامرأتان ففيه روايتان :

إحداهما : لا يحكم به ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الثابت به الحرية ، وكمال الأحكام ، وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال ، فأشبه النكاح والطلاق .

والثانية : يثبت بذلك ، لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبه البيع ، وهذا أجود ، لأن البينة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه ، وهى فى حقه إزالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا ، وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ، ولأن العتق مما يتشوف إليه ويبنى على التغليب والسراية، فينبغى أن يسهل طريق إثباته. وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد ، إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف ، لأنهم لا يملكون الرجوع ، وأيمانهم على نفى العلم ، لأن الخلاف فى فعل موروثهم ، وأيمانهم على نفى فعله ، وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ، ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه ، وكذلك إن أقر ، لأن إعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل .

٨٧٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دَين فى ذمة موسر أو معسر ، عتق من المدبر ثلثه ، وكلما اقتضى من دَينه شىء أو حضر من ماله الغائب شىء ، عتق من المدبر مقدار ثلثه ، كذلك من يعتق الثلث حتى كله ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفى بثلثى ماله إلا أنه غائب ، أو دَين فى ذمة إنسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدَّين ، فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها ، فلا يجوز أن يحصل على جميعها ، ولكنه يتنجز عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين ، لأن ثلثه حر على كل حال ، لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شىء ، فيكون

العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه . وكلما اقتضى من الدَّين شيء ، أو حضر من الغائب شيء ، عتق من المدبر قدر ثلثه .

فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثانى ، فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقى وإن بقى له دَين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه ، لأن الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدَّين شيء ، أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه ، لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم ، فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثلاه ، فإن تلف الغائب ويئس من استيفاء الدَّين عتق ثلثه حينئذ وملكوا ثلثيه ، لأن العبد صار جميع التركة ، وهذا لا يصح ، لأن ثلث العبد خارج من الثلث يقيناً ، وإنما الشك فى الزيادة عليه . وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يقيناً حراً ، لأن التدبير صحيح ، ولا خلاف فى أنه ينفذ فى الثلث ، ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضى له وعدم الفائدة فى وقفه لا معنى له . وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه . ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه من دَينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء ؟

ولو كان الدَّين مؤجلا فأبرأه منه برىء من ثلثه فى الحال ، وتأخر استيفاء الثلثين إلى الأجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه فى الحال وتأخر الباقى إلى الميسرة ، ولأن تأخير عتق الثلث لا فائدة للورثة فيه ، ويفوت نفعه للمدبر ، فينبغى أن لا يثبت .

فإذا ثبت هذا فإن العبد إذا عتق كله بقدوم الغائب ، أو استيفاء الدَّين ، تبينا أنه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له ، لأنه إنما عتق بالتدبير ، ووجود الشرط الذى علق عليه السيد حريته وهو الموت ، وإنما وقفناه للشك فى خروجه من الثلث ، فإذا زال الشك تبينا أنه كان حاصلا قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبينا أنه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال .

٨٧٠٦ (فصـــــل)

وإن كان المدبر عبدين وله دَين ، يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله ، أقرعنا بينهما ، فيعتق من تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الآخر موقوفاً ، فإذا استوفى من الدَّين شيء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه ، وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً ، أو مقدار الثلث منهما . وإن

تعذر استيفاء الدّين لم يرد المتق على قدر ثلثهما. وإن خرج الذى وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه .

٨٧٠٧ (فصـــــل)

وإذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة دَيناً ، عتق ثلثه ، ورق ثلثه ، ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقى . وإذا كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدّين .

٨٧٠٨ (فصـــــل)

وإن دبر عبده وقيمته مائة ، وله ابنان ، وله مائتان دَيناً على أحدهما ، عتق من المدبر ثلثاه ، لأن حصة الذى عليه الدّين منه كالمستوفى ، ويسقط عن الذى عليه الدّين منه نصفه ، لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه . وإن كانت المائتان دَيناً على الإبنين بالسوية عتق المدبر كله ، لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه ، وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته .

٨٧٠٩ (فصـــــل)

فإن دبر عبداً قيمته مائة ، وخلف ابنين ومائتى درهم دَيناً له على أحدهما ، ووصى لرجل بثلث ماله ، عتق من المدبر ثلثه ، وسقط عن الغريم مائة ، وكان للوصى له سدس العبد وللإبنين ثلثه ، ويبقى سدس العبد موقوفاً ، لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم ، وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين ، فحصة المدبر منه ثلثه يعتق فى الحال ويبقى له السدس موقوفاً ، فكلما اقتضى من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ، ويكون المستوفى بين الإبنين والوصى أثلاثاً ، فإذا استوفيت كلها حصل للإبن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه ، وكل فى المدبر عتق نصفه ، وحصل للوصى سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه ، وإن كان الدّين على أجنبى لم يعتق من المدبر إلا سدسه ، لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الآخر ، وللوصى سدسه ، ولكل ابن سدسه ، ويبقى ثلثه موقوفاً ، فكلما اقتضى من الدّين شيء عتق من المدبر قدر سدسه ، وكان المستوفى بين الإبنين والوصى أسداساً ، للوصى سدسه ولهما خمسة أسداسه ، فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ، ويحصل للوصى سدس المائتين وسدس العبد ، وهو قدر حقه ، ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه .

٨٧١٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزاً إذا كان له عشر سنين فصاعداً وكان يعرف التدبير . وما قلته فى الرجل فالمرأة مثله إذا كان لها تسع سنين فصاعداً ﴾ .

وجملته : أن تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة، وهذا إحدى الروايتين عن مالك ،وأحد قولي الشافعي . قال بعض أصحابه : هو أصح قوليه .

وروى ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وأبو حنيفة : لايصح تدبيره كالمجنون ، وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي ، لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون .

ولنا : ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن أبي بكر بن محمد أن غلاماً من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان بأرض يقال لها بِئْرُ جُشَم[1] قوّمت بثلاثين ألفاً ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز الوصية . قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة .

وروى أن قوماً سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وَصَّى لبنت عمه ، فأجاز عمر وصيته، ولم نعرف له مخالفاً ، ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظّ له بيقين ، لأنه ما دام باقياً لايلزمه ، فإذا مات كان ذلك صلة وأجراً ، فصح كوصية المحجور عليه لسفه ، ويخالف العتق ، لأن فيه تفويت ماله عليه في حياته ووقت حاجته . فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي صلى الله عليه وسلم : « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع[2] » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها : إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة. ويروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً، ولأنه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك .

---

(١) في موطأ مالك ج ٢ ص ١٣١ « عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن هاهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له. قال عمر بن الخطاب : فليوص لها ، قال : فأوصى لها بمال يقال له : بئر جشم . قال عمرو بن سليم : فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم » وفيه أيضاً « عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له : إن فلاناً يموت أفيوص ؟ قال : فليوص . قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة. قال : فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم »

يفاع : بزنة سحاب أي مرتفع (ف)

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمرو (ف)

٨٧١١ (فصـــــل)

ويصح منه الرجوع إن قلنا بصحة الرجوع من المـكلف ، لأن من صحت وصيته صح رجوعه كالمـكلف ، وإن أراد بيع المدبر قام وليه فى بيعه مقامه ، وإن أذن له وليه فى بيعه فباعه صح منه .

٨٧١٢ (فصـــل)

ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لمـا ذكرنا فى الصبى ، ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره ، لأنه لا يصح شىء من تصرفاته ، وإن كان يجن يوماً ويفيق يوماً صح تدبيره فى إفاقته .

٨٧١٣ (فصـــل)

ويصح تدبير الـكافر ذمياً كان أو حربياً فى دار الإسلام ودار الحرب ، لأن له ملـكا صحيحاً ، فصح تصرفه فيه كالمسلم .

فإن قيل : لو كان ملـكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره .

قلنا : هذا لا ينافى الملك ، بدليل أنه يملك فى النـكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ، ومن عليه الدَّين إذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقـدر ما عليه بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا ، فإن أسـلم مدبر الـكافر أمر بإزالة ملـكه عنه وأُجبر عليه ، لئلا يبقى الـكافر مالـكا للمسلم كغير المدبر ، ويحتمل أن يترك فى يد عدل وينفق عليه من كسبه ، فإن لم يـكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، بناء على أن بيع المدبر غير جائز ، ولأن فى بيعه إبطال سبب العتق وإزالة غرضيته ، فـكان إبقاؤه أصلح فتعين كأم الولد ، فإن قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره ، وإن قلنا يترك فى يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استعماله واستـكسابه ، وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده ، وإن لم يف بنفقته فالباقى على سيده ، وإن اتفق هو وسيده على المخارجة جاز ، وينفق على نفسه مما فضل من كسبه ، فإذا مات سيده عتق إن خرج من الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، وبيع الباقى على الورثة إن كانوا كفاراً . وإن أسلموا بعد الموت تُرك ، وإن رجـع سيده فى تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه ، وإن كان المدبر كستأمن وأراد أن يرجع به إلى دار الحرب ولم يـكن أسلم لم يمنع من ذلك ، وإن كان قد أسلم منع منه ، لأننا نحول بينه وبينه فى دار الإسـلام ، فأولى أن يمنع من التمـكن به فى دار الحرب .

٨٧١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال :﴿ وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره ﴾.

إنما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين :

أحدهما : أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم ، فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير ، كمنع الميراث بقتل الموروث ، ولأن العتق فائدة تحصل بالموت ، فتنتفى بالقتل كالإرث والوصية .

والثانى : أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ، ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونه آكد ، فإنها صارت بالإستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ، ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره ، والإرث نوع من النقل ، فلو لم تعتق بموت سيدها لانتقل الملك فيها إلى الوارث ، ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ، ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية التى حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها ، وهذا آكد من القول ، ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ إعتاقه ولا تدبيره ، وسرى حكم استيلاد المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق ، وعتقت من رأس المال ، والتدبير لا ينفذ إلا فى الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وإن كان سيدها مفلساً ، بخلاف المدبر . ولا يلزم من الحكم فى موضع تأكد الحكم فيما دونه ، كما لم يلزم إلحاقه به فى هذه المواضع التى افترقا فيها .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ ، كما لا فرق بين ذلك فى حرمان الإرث وإبطال وصية القاتل .

٨٧١٥ (فصل)

فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره ، لكن إن كانت جناية موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولى إلى مال تعلق المال برقبته ، فمن جوّز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع فى الجناية وبين فدائه ، فإن سلمه فى الجناية فبيع فيها بطل تدبيره ، وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره ، وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ، ومن لم يجز بيعه عيّن فداءه على سيده كأم الولد ، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه فى النفس بطل تدبيره ، وإن اقتص منه فى الطرف فهو مدبر بحاله .

وإذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال ، سواء كانت موجبة للمال أو القصاص ، لأن صفة العتق وجدت فيه ، فأشبه ما لو باشره به . فإن كان الواجب قصاصاً استوفى ، سواء كانت جنايته على عبد أو حر ، لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه فى حال رقه ، فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وإن كان الواجب عليه مالا فى رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، وإن جنى على المدبر فأرش الجناية لسيده . فإن كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه .

فإن قيل : فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف إذا جنى عليه ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن كل واحد من الوقف والرهن لازم ، فتعلق الحق ببدله ، والتدبير غير لازم، لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله .

الثانى : أن الحق فى التدبير المدبر ، فبطل حقه بفوات مستحقه ، والبدل لا يقوم مقامه فى الاستحقاق. والحق فى الوقف للموقوف عليه ، وفى الرهن للمرتهن وهو باق ، فيثبت حقه فى بدل محل حقه .

الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده ، فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له ، فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف ، فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما . وبين الرهن والمدبر فرق رابع ، وهو أن الواجب القيمة ، ولا يمكن وجود التدبير فيها ، ولا قيامها مقام المدبر فيه . وإن أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل ، إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن ، فإن القيمة يجوز أن تكون رهناً .

فإن قيل : فهذا يلزم عليه الموقوف ، فإنه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفاً مكانه .

قلنا : قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة ، وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

٨٧١٦ (فصــــل)

وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز ، نص عليه أحمد . وهذا قول ابن مسعود وأبى هريرة والحسن . ولفظ حديث أبى هريرة عن مجاهد قال : دبرت امرأة من قريش خادماً لها ، ثم أرادت أن تكاتبه ، قال : فكنت الرسول إلى أبى هريرة ، فقال : كاتبيه ، فإن أدّى كتابته فذاك ، وإن حدث بك حدث عتق . قال : وأراه قال : على ما كان عليه له .

ولأن التدبير إن كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذى علق عتقه بدخول الدار ، وإن كان وصية لم يمنعها ، كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ، ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب .

وذكر القاضى : أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا : هو وصية ، كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه ، وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد ، وهو غير صحيح فى نفسه ، ويفارق التدبير الوصية بهلرجل ، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق ، فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله ، فإنه إذا فات عتقه

من أحدهما حصل بالآخر ، وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ، ومقصود الوصية بهوالكتابة يتنافيان، لأن الكتابة تراد للعتق ، والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ، ولا يجتمعان .

إذا ثبت هذا : فإنه إن أدى فى حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن خرج من الثلث وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقى ، فإن أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقى الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقى من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقى .

كتاب المكاتب

الـكتابة : إعتاق السيد عبده على مال فى ذمته يؤدى مؤجلا ، سميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه . وقيل : سميت كتابة من الـكتب وهو الضم ، لأن المـكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ، ومنه سمى الخرز كتاباً ، لأنه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه . وقال الحريرى :

وكَاتِبِين وَمَا خَطَّتْ أَنَامِلُهُمْ حَرْفاً وَلَا قَرَأُوا مَا خُطَّ فِى الْكُتُبِ

وقال ذو الرمة فى ذلك المعنى :

وَفْرَاءَ غَرْفِيَّةٍ أَثْأَى خَوَارِزَهَا مُشَلْشَلٌ ضَيَّعَتْهُ بَيْنَهَا الـكُتَبُ[1]

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها . وسميت الـكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض . والمـكاتب

---

(١) هذا البيت لذى الرمة وقبله

ما بال عينك منها الماء ينسكب ∴ كأنه من كلى مفرية سرب

ويليه بيت المغنى ونصه كما فى ديوانه :

وفراء غرفية أثأى خوارزها ∴ مشلشل ضيعته بينها الـكتب

وقد حرف فى المغنى والشرح الـكبير طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٣٨ والفق ج ٩ ص ٤١١ ففيها نشر (عرفتة) والصواب (غرفية) ، (أنأى) والصواب (أثأى) ، (صنعته) والصواب (ضيعتة)

ومعنى (كلى) بضم الـكاف وفتح اللام مقصور : جليدة مستديرة مشدودة العروة قد خرزت مع الأديم تحت عروة المزادة

المفرية : بفتح الميم وسكون الفاء وكسر الراء بعدها ياء مشددة : للمزادة، السرب : بفتح السين والراء : الماء الذى يخرج من عيون خرز القربة الجديدة،وفراء : وافرة الجلد تامة لم ينقص من أديمها شىء

غرفية : بفتح الغين وسكون الراء وفتح الفاء بعدها ياء مشددة للنسب ؛ أى مزادة مدبوغة بالغرف وهو مايدبغ به الجلود من شجر معروف فى البادية

أثأى : جمع الخرزتين فصارتا واحدة فيفسد كل خرزة باتساع خرمها

الخوارز : جمع خارزة

مشلشل : نعت لسرب أى متصل القطار

الـكتب : الخرز وزناً ومعنى واحدها (كتبة) مثل غرفة وغرف. أنظر الأمالى ٢/٢٤٧ وسمط اللآلى ٨٦٩ ولسان العرب ١/٧٠٠ ، ٥/٢٨٨ ، ٩/٢٦٦ ، ١١/٢٦٣ ، ١٤/١٠٦ ، ١٥/١٥٣ ، ٢٣٠ . (ف)

يضم بعض نجومه إلى بعض ، والنجوم هاهنا الأوقات المختلفة ، لأن العرب كانت لا تعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم ، كما قال بعضهم :

إِذَا سُهَيْلٌ أَوَّلَ اللَّيْـــــــل طَلَعْ ... فَابْنُ اللَّبُونِ الحِقُّ والحِقُّ جَذَع[1]

فسميت الأوقات نجوماً .

والأصل فى الكتابة : الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)[2] .

وأما السنة ، فما روى سعيد عن سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إِذَا كَانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّى فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[3] .

وروى سهل بن حنيف « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً فى كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله »[4] فى أحاديث كثيرة سواها .

وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة .

٨٧١٧ (فصـــــل)

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له إجابته إذا علم فيه خيراً ، ولم يجب ذلك فى ظاهر المذهب ، وهو قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والشعبى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده إليها فعليه إجابته ، وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود . وقال إسحاق : أخشى أن يأثم إن لم يفعل ، ولا يجبر عليه ، ووجه ذلك قول الله تعالى (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)[5] وظاهر الأمر الوجوب .

---

(١) البيت فى لسان العرب ج ١١ ص ٣٥٠

إذا سهيل مطلع الشمس طلع ... فابن اللبون الحق والحق جذع

قال : «يقال إنه يطلع عند نتاج الإبل فإذا حالت السنة تحولت أسنان الإبل» وفيه ج ١ ص ٥٤ (إذا سهيل مغرب الشمس طلع) (ف)

(٢) سورة النور آية ٣٣ .

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والحاكم والبيهقى عن أم سلمة (ف)

(٤) « من أعان مجاهداً فى سبيل الله أو غارماً فى عسرته أو مكاتباً فى رقبته أظله الله فى ظله يوم لا ظل إلا ظله » أخرجه أحمد والحاكم عن سهل بن حنيف (ف)

(٥) سورة النور آية ٣٣ .

وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لأنس بن مالك ، فسأله أن يكاتبه فأبى ، فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك ، فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)[1] فكاتبه[2] أنس .

ولنا : أنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء ، والآية محمولة على الندب . وقول عمر رضى الله عنه يخالف فعل أنس ، ولا خلاف بينهم فى أن من لا خير فيه لا تجب إجابته .

قال أحمد : الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة . ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعباراتهم فى ذلك مختلفة .

قال ابن عباس : غنى وإعطاء للمال .

وقال مجاهد : غنى وأداء .

وقال النخعى : صدق ووفاء .

وقال عمرو بن دينار : مال وصلاح .

وقال الشافعى : قوة على الكسب وأمانة .

وهل تكره كتابة من لا كسب له أو لا ؟

قال القاضى : ظاهر كلام أحمد كراهيته . وكان ابن عمر رضى الله عنه يكرهه ، وهو قول مسروق والأوزاعى . وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ، ولم يكرهه الشافعى وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم ، لأن جويرية[3] بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصارى ، فأتت النبى صلى الله

---

(١) سورة النور آية ٣٣ .

(٢) أخرجه البخارى عن موسى بن أنس (ف)

(٣) عن عائشة رضى الله عنها قالت : وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس أو ابن عم له فكاتبت على نفسها ، وكانت امرأة ملاحة تأخذها العين قالت عائشة رضى الله عنها : فجاءت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها، فلما قامت على الباب فرأيتها كرهت مكانها وعرفت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سيرى منها مثل الذى رأيت فقالت: يا رسول الله أنا جويرية بنت الحارث وأنا كان من أمرى ما لا يخفى عليك وإنى وقعت فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وإنى كاتبت على نفسى فجئت أسألك فى كتابتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهل لك إلى ما هو خير منه ؟ قالت : وما هو : يا رسول الله ؟ قال أؤدى عنك كتابتك وأتزوجك، قالت : قد فعلت . قالت : فتسامع الناس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فأرسلوا — يعنى — ما فى أيديهم من السبى فأعتقوهم وقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فما رأينا امرأة كانت =

عليه وسلم تستعينه فى كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها . واحتج ابن المنذر بأن بريرة كانت ولا حرفة لها ، ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ووجه الأول ما ذكرنا فى عتقه .

وينبغى أن ينظر فى المكاتب ، فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الإنفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته . وإن كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته ، لحصول النفع بالحرية من غير ضرر .

فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل ومال ، وكانت ابنة سيد قومه ، فإذا عتقت رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصارت إحدى أمهات المؤمنين ، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها ، وقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها .

وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك ، وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه ، وإنما الخلاف فى كراهته .

وقال مسروق : إذا سأل العبد مولاه المكاتبة ، فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته .

٨٧١٨ (فصـــــل)

ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه ، فأما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ، ولا مكاتبة سيدهما لهما . وأما الصبى المميز فإن كاتب عبده بإذن وليه صح ، ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ، ولأن هذا عقد إعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال . فأما إن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال ، وإن كان المميز سيده صح ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : لا يصح فيهما جميعاً بحال ، لأنه ليس بمكلف فأشبه المجنون .

ولنا : أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه ، فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف . ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ)[1] والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف

= أعظم بركة على قومها منها ، أعتق فى سببها مائة أهل بيت من بنى المصطلق » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٤٧ ملاحة : بضم الميم وتشديد اللام : بالغة الحسن والجمال والبهجة . (ف)

(١) سورة النساء آية ٦

إليه ، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يغبن فى بيعه وشرائه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبده المميز إذن له فى قبولها .

إذا ثبت هذا : فإن كان السيد المكاتب طفلا أو مجنونا ، فلا حكم لتصرفه ولا قوله . وإن كاتب المكاتب عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة ، لأنه لا حكم لقولهما ، ولكن إن قال : إن أديتما إلىّ فأنتما حران ، فأدّيا ، عتق بالصفة لا بالكتابة ، وما فى أيديهما لسيدهما ، وإن لم يقل ذلك لم يعتقا . ذكره أبو بكر . وقال القاضى : يعتقان ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق هاهنا بالصفة المحضة ، كما لو قال : إن أديت إلىّ فأنت حر .

ولنا : أنه ليس بصفة صريحاً ولا معنى ، وإنما هو عقد باطل ، فأشبه البيع الباطل .

٨٧١٩ (فصـــــل)

وإذا كاتب الذمى عبده المسلم صح ، لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة ، وكلاهما يصح منه . وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر فى العقد ، فإن كان موافقاً للشرع أمضاه ، سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده . وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمراً أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل :

أحدها : أن يكونا قد تقابضا حال الكفر ، فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل ، لأن ما تم فى حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق ، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده .

الثانية : تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضاً ، لأن هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة فى الإسلام على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

الثالثة : ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها ، لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ، ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه ، لأن التغليب لحكم الإسلام . وقال أبو حنيفة : إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر ، لأن الكتابة كالنكاح . ولو أمهرها خمراً ثم أسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح .

ولنا : أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً ، فإذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ، ويفارق النكاح ، فإنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً ، وإن أسلم مكاتب الذمى لم تنفسخ الكتابة ، لأنها وقعت صحيحة ، ولا يجبر على إزالة ملكه ، لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه ، فإن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ . وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة ، لأن الشراء

باطل ولم يثبت له به ملك . وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته ، لأنه يلزمه إزالة ملكه عنه، والكتابة لا تزيل الملك ، فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم . وقال القاضى : له كتابته ، لأنه يخرج بها عن تصرف سيده فيه ، فإن عجز عاد رقيقاً قناً وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

٨٧٢٠ (فصل)

وإن كاتب الحربى عبده صحت كتابته ، سواء كان فى دار الحرب أو دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يصح ، لأن ملكه ناقص . وحكى عن مالك أنه لا يملك بدليل أن المسلم تملكه عليه .

ولنا : قول الله تعالى (وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ)[1] وهذه الإضافة إليهم تقتضى صحة أملاكهم ، فتقتضى صحة تصرفاتهم ، فإذا ثبت هذا فإذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين إلينا لم يتعرض الحاكم لهما ، وإن ترافعا إليه نظر بينهما ، فإن كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها ، وإن كانت فاسدة بين لهما فسادها ، وإن جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة ، لأن العبد إن قهر سيده ملكه ، فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده ، وإن قهره السيد على إبطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت ، لأن دار الكفر دار قهر وإباحة .

ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه ، وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر فى دار الإسلام لم تبطل الكتابة ، وكانا على ما كانا عليه قبله ، لأن دار الإسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر إلا بالحق . وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع إلى دار الحرب لم يمنعا . وإن أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر ، لأنه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه ، وإنما له فى ذمته حق ، ومن له فى ذمة غيره حق لا يملك إجباره على السفر معه لأجله ، ويقال للسيد : إن أردت الإقامة فى دار الإسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم إن كانت مدتها طويلة ، وإن أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل ، فإذا أدى نجوم الكتابة عتق ، ثم هو مخير إن أحب أن يقيم فى دار الإسلام عقد على نفسه الذمة ، وإن أحب الرجوع لم يمنع ، وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد إلى سيده ، والأمان له باق ، لأنه من مال سيده ، وسيده عقد الأمان لنفسه وماله ، فإذا انتقض الأمان فى نفسه بعوده لم ينتقض فى ماله .

وإن كاتبه فى دار الحرب فهرب ودخل إلينا بطلت الكتابة ، فإن ملكه زال عنه بقهره على نفسه ، فأشبه ما لو قهره على غيره من ماله ، وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا بإذن سيده فالكتابة

(١) سورة الأحزاب آية ٢٧

بحالها ، لأنه لم يقهر سيده ، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ثم سبى المسلمون سيده وقتل انتقلت الـكتابة إلى ورثته ، كما لو مات حتف أنفه ، وإن منّ عليه الإمام أو فاداه أو هرب فالـكتابة بحالها ، وإن استرقه الإمام فالـمكاتب موقوف إن عتق سيده فالـكتابة بحالها ، وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته ، يعتق بأدائه إليهم وولاؤه لهم ، وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه ، وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ، ويعتق المكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء .

وقال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضى : يكون موقوفاً ، فإن عتق سيده فهو له ، وإن مات على رقه فهو للمسلمين ، وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضى : يكون ولاؤه موقوفاً فإن عتق السيد كان الولاء له ، وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء ، لأنه رقيق لا يورث ، فيبطل الولاء لعدم مستحقه ، وينبغى أن يكون للمسلمين ، لأن مال من لا وارث له للمسلمين ، فكذلك الولاء والله أعلم .

٨٧٢١ (فصـــــــل)

وإن كاتب المرتد عبده ، فعلى قول أبى بكر الـكتابة باطلة ، لأن ملـكه زال بردته ، وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ، إن أسلم تبينا أنها كانت صحيحة ، وإن قتل أو مات على ردته بطلت ، وإن أدى فى ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفاً . فإن أسلم سيده تبينا صحة الدفع إليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على ردته فهو باطل والعبد رقيق . وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ، ويؤدى إلى الحاكم ويعتق بالأداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا . وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته ، لأنه يصح بيعه ، فإذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته .

٨٧٢٢ (فصـــــــل)

وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان مرض الموت المخوف اعتبر من ثلثه ، لأنه بيع ماله بماله ، فجرى مجرى الهبة . وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً ، فإن خرج من الثلث كانت الـكتابة لازمة ، وإن لم يخرج من الثلث لزمت الـكتابة فى قدر الثلث ، وسائره موقوف على إجازة الورثة ، إن أجازت جازت ، وإن ردتها بطلت ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل : تجوز الـكتابة من رأس المال ، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

٨٧٢٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فأديت الـكتابة فقد صار العبد حراً وولاؤه لمكاتبه ﴾

في هذه المسألة ثلاثة فصول .

أحدها : أن ظاهر هذا الكلام أن الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة ، وهو ظاهر المذهب ، وبه قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : تجوز حالّة ، لأنه عقد على عين ، فإذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع .

ولنا : أنه روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ، ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حالّة ،ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ، ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها في الحال ، فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ، ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض ، فإذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح ، كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله . ويفارق البيع . لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض ، لأن المشترى يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً ، وما في يده لسيده . وفي التنجيم حكمتان .

إحداهما : يرجع إلى المكاتب وهي التخفيف عليه ، لأن الأداء مفرقاً أسهل ، ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم .

والأخرى : للسيد وهي أن مدة الكتابة تطول غالباً ، فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا في آخر المدة ، فإذا عجز عاد إلى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له ، وإذا كانت منجمة نجوماً فعجز عن النجم الأول فمدته يسيرة ، وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه .

إذا ثبت هذا : فأقله نجمان فصاعداً ، وهذا مذهب الشافعي .

ونقل عن أحمد أنه قال : من الناس من يقول : نجم واحد ، ومنهم من يقول : نجمان، ونجمان أحب إليّ، وهذا يحتمل أن يكون معناه أني أذهب إلى أنه لا يجوز إلا نجمان ، ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد .

قال ابن أبي موسى : هذا على طريق الاختيار ، وإن جعل المال كله في نجم واحد جاز ، لأنه عقد يشترط فيه التأجيل ، فجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم ، ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد .

ووجه الأول : ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « الكتابة[1] على نجمين » والإيتاء[2] من الثانى . وهذا يقتضى أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة ، لأن أكثر من نجمين يجوز بالإجماع .

وروى عن عثمان رضى الله عنه :أنه غضب على عبد له فقال : لأعاقبنك ولأ كاتبنك على نجمين[3] ، ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به فى الظاهر .

وفى حديث بريرة : أنها أتت عائشة رضى الله عنها فقالت : يا أم المؤمنين إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى[4] ، ولأن الكتابة مشتقة من الضم وهو ضم نجم إلى نجم ، فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين ، والأول أقيس . ولا بد أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم فى كل نجم قدر مايؤديه . ولا يشترط تساوى النجوم ولا قدر المؤدى فى كل نجم ، فإذا قال : كاتبتك على ألف إلى عشر سنين تؤدى عند انقضاء كل سنة مائة ، أو قال : تؤدى منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة ، أو قال : تؤدى فى آخر العام الأول مائة ، وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة ، فكل هذا جائز . وإن قال : تؤدى فى كل

---

(١) فى تلخيص الحبير ج ٤ ص ٢١٧ مانصه « حديث على الكتابة على نجمين ، قال ابن أبى شيبة نا عباد بن العوام عن حجاج عن حصين الحارثى عن على : قال : إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد إلى الرق » — اشتهر عن الصحابة ومن بعدهم قولا وفعلا الكتابة على نجمين رواه البيهقى من فعل عثمان وابن عمر . . . اهـ (ف)

(٢) قوله (الإيتاء من الثانى) يعنى إذا كاتبه على نجمين وأراد أن يخفف عنه امتثالا لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) خفف عنه من القسط الثانى فى تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٨٨ « عن سعيد بن جبير قال : كان ابن عمر إذا كاتب مكاتبـاً لم يضع عنه شيئاً من أول نجومه مخافة أن يعجز فترجع إليه صدقته ولكنه إذا كان فى آخر مكاتبته وضع عنه ما أحب (ف)

(٣) أخرجه البيهقى من طريق مسلم بن أبى مريم عن رجل (ف)

(٤) أخرجه البخارى ومسلم ولفظه ج ٢ ص ١١٤٢ (عن عائشة قالت : دخلت على بريرة فقالت : إن أهلى كاتبونى على تسع أواق فى تسع سنين فى كل سنة أوقية فأعينينى. فقلت لها إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك ويكون الولاء لى فعلت، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأتتنى فذكرت ذلك، قالت : فانتهرتها فقالت : لا ها الله إذاً . قالت فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألنى فأخبرته فقال : اشتريها وأعتقيها واشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشروط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقولون أعتق فلاناً والولاء لى إنما الولاء لمن أعتق » ـ لا ها الله : أى لا والله ، وإذا حرف جواب بشرط مقدر كما قال ابن حجر فى مثله بفتح البارى ج ٨ ص ٢٩ وقد أشرنا اليه هنا ج ٩ ص ٢٣٣ — ما بال : ما شأن ـ وكتاب الله أوصى بطاعة رسوله وقد قال صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » (ف)

عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة : وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي أنه لا يصح لأنه لم يتبين وقت الأداء من العام .

ولنا : أن بريرة قالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ، ولأن الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها ، فإن كان بحرف إلى تعلق بأولها كقوله : إلى شهر رمضان ، وإن كان بحرف في كان إلى آخرها ، لأنه جعل جميعها وقتاً لأدائها فإذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها ، فلم يتعين عليه الأداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها . فإن قال : يؤديها في عشر سنين ، أو إلى عشر سنين لم يجز ، لأنه نجم واحد ، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه . وإن قال : يؤدي بعضها في نصف المدة وباقيها في آخرها لم يجز ، لأن البعض مجهول يقع على القليل والكثير .

الفصل الثاني : أنه إذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعتق بأدائها ، سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو ، وسواء قال : إذا أديت إليّ فأنت حر ، أو لم يقل ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يعتق حتى يقول : إذا أديت إليّ فأنت حر ، وينوي بالكتابة الحرية ، ويحتمل في مذهبنا مثل ذلك ، لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالأداء ، فلابد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق .

ولنا : أن الحرية موجب عقد الكتابة ، فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير ، وما ذكروه من استعمال الكتابة في المخارجة إن ثبت فليس بمشهور ، فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة . على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير في معاشه أو غير ذلك ، وهو صريح في الحرية فهاهنا أولى .

الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع الكتابة ، قال أحمد في عبد بين رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال : لا يعتق إلا نصف المائة .

وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، رواه عنهم الأثرم ، وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن أم سلمة .

وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال : كن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار .

وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار ، فرده ابن عمر في الرق .

وذكر أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق ، لأنه يجب[1] رده إليه ، فلا يرد إلى الرق بعجزه عنه ؛ لأنه عجز عن أداء حق هو له لاحق للسيد فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده إليه .

وقال على رضى الله عنه : يعتق منه بقدر ما أدى ، لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أصاب المكاتب حدّاً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد »[2] رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما : أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه . وروى ذلك عن النخعى .

وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقضى به شريح .

وقال الحسن فى المكاتب : إذا عجز استسعى بعد العجز سنتين .

ولنا : ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق[3] » .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » رواه أبو داود[4] .

ولأنه عوض عن المكاتب ، فلا يعتق قبل أدائه ، كالقدر المتفق عليه ، ولأنه لو أعتق بعضه لسرى إلى باقيه ، كما لو باشره بالعتق ، فإن العتق لا يتبعض فى الملك .

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين ، فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر ، فأدى إلى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ، ولأن قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب[5] منه » دليل على اعتبار

---

(١) سيأتى أنه يرد إليه الربع امتثالا لأمر الله (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) (ف)

(٢) هـذا الحديث رواه الترمذى ج ١ ص ٢٣٨ فى كتاب البيوع باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ولفظه « عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه. وقال النبى صلى الله عليه وسلم : يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد» ونحوه فى أبى داود ج ٢ ص ٥٠٠ والنسائى ج ٨ ص ٤٦ ومسند أحمد ج ٣ ص ٢٩٠ حديث رقم ١٩٤٤ (ف)

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجة عن عبد الله بن عمرو (ف)

(٤) أخرجه أبو داود ٣٤٦/٢ (ف)

(٥) سبق تخريجه (ف)

جميع ما يؤدى . ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع ، وإن جاز رد بعضه إليه ، كما لو قال : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر ولله علىّ، رد ربعها إليك ، فإنه لا يعتق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها .

٨٧٢٤ (فصـــــل)

وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه ، لأنه مال يثبت فى الذمة مؤجلا فى معاوضة ، فجاز ذلك فيه كعقد السلم ، فإن كان من الأثمان وكان فى البلد نقد واحد جاز إطلاقه ، لأنه ينصرف بالإطلاق إليه ، فجاز ذلك فيه كالبيع ، وإن كان فيه نقود أحدها أغلب فى الاستعمال جاز الإطلاق أيضاً ، وانصرف إليه عند الإطلاق ، كما لو انفرد . وإن كانت مختلفة متساوية فى الاستعمال وجب بيانه بجنسه . وما يتميز به من غيره من النقود وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به فى السلم . ومالا يصح فى السلم فيه لا يجوز أن يكون عوضاً فى الكتابة ، لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه فى الذمة ، فلم يجز بعوض مجهول كالسلم ، فإن كاتبه على عبد مطلق لم يصح ، ذكره أبو بكر . وهو قول الشافعى ، وذكر القاضى فيه وجهين :أحدهما لا يجوز ، والآخر يجوز ، وهو قول أبى حنيفة ومالك ، لأن العتق ممنى لا يلحقه الفسخ ، فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضاً فيه كالعقل .

ولنا : أن مالا يجوز أن يكون عوضاً فى البيع والإجارة لا يجوز أن يكون عوضاً فى الكتابة كالثوب المطلق ، ويفارق العقل ، لأنه بدل عن متلف مقدر فى الشرع ، وها هنا عوض فى عقد، فأشبه البيع ، ولأن الحيوان الواجب فى العقل ليس بحيوان مطلق . بل هو مقيد بجنسه وسنه ، فلم يصح الإلحاق به ، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه ، وإنما الخلاف فى العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا فى موضع علمناه .

إذا ثبت هذا : فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً ، وهو السندى ، ويكون وسطاً من السندين فى قيمته ، كقولنا فى الصداق.

ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ، ولا على ثوب ، ولا دار ، ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ، ولا عمامة من عمائمه . ولا غير ذلك من المجهولات . وإن وصف ذلك بأوصاف المُسْلَم صح .

وممن أجاز الكتابة على العبيد : الحسن وسعيد بن جبير والنخعى والزهرى وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أبى برزة وحفصة رضى الله عنهما .

٨٧٢٥ (فصـــــل)

وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة ، لأنها أحد العوضين فى الإجارة ، فجاز أن تكون عوضاً

فى الـكتابة كالأثمان . ويشترط العلم بها كما يشترط فى الإجارة . فإن كاتبه على خـدمة شهر ودينار صح ، ولا يحتاج إلى ذكر الشهر ، وكونه عقيب العقد ، لأن إطلاقه يقتضى ذلك . وإن عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه فى المحرم على خدمته فى رجب ودينار صح أيضاً ، كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب فى المحرم . وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ، ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه ، بناء على قولهم فى الإجارة ، وقد سبق ذكر الخلاف فيه فى باب الإجارة .

ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا ، لأن الأجل شرط فى عقد الـكتابة ، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه ، وإن جعل محله فى الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : لا يصح ، لأنه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح . لأن الخدمة كلها لا تكون فى وقت محل الدينار ، وإنما يوجد جزء منها يسير مقارباً له ، وسائرها فيما سواه ، ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل فى ابتداء مدتها ، ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد، فيكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت حالّة لأن المنع من الحلول فى غيرها لأجل العجز عنه فى الحال ، وهذا غير موجود فى الخدمة ، فجازت حالة .

وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد ، بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز . وإن كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز فى أوله ، لأنه يكون حالا ومن شرطه التأجيل .

٨٧٢٦ (فصـــــل)

وإن كاتبه على خدمة مفردة فى مدة واحدة ، مثل أن كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة ، فحكمه حكم الـكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه . ويحتمل أن يكون كالـكتابة على أنجم ، لأن الخدمة تستوفى فى أوقات متفرقة بخلاف المال ، فإن جعله على شهر بعد شهر ، كأن كاتبه فى أول المحرم على خدمة فيه وفى رجب صح لأنه على نجمين . وإن كاتبه على منفعة فى الذمة معلومة كخياطة ثياب عينها ، أو بناء حائط وصفه ، صح أيضاً إذا كاتبه على نجمين . وإن قال : كاتبتك على أن تخدمنى هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح فى قول الجميع . وإن قال : على أن تخدمنى شهراً من وقتى هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً : وعند الشافعى : لا يصح .

ولنا : أنه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها .

٨٧٢٧ (فصـــل)

وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده ، إلا أن يشترطه المـكاتب . وإن كانت له سرية أوولد فهو لسيده،

وبهذا قال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى. وقال الحسن وعطاء والنخعى وسليمان ابن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبى ليلى فى المكاتب : ماله له . ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعى وعمرو بن دينار ومالك فى الولد ، واحتج لهم بما روى عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه ، والكتابة بيع ، ولأنه باعه نفسه ، فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ، ولأنه هو وماله كانا لسيده ، فإذا وقع العقد على أحدهما بقى الآخر على ما كان عليه ، كما لو باعه لأجنبى وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

٨٧٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وولاؤه لمكاتبه ﴾

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى أن ولاء المكاتب لسيده إذا أدى إليه ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذلك لأن الكتابة إنعام وإعتاق له ، لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه ، فرضى به عوضاً عنه ، وأعتق رقبته عوضاً عن منفعته المستحقة له بحكم الأصل ، فكان معتقاً له منعماً عليه ، فاستحق ولاءه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق[1] » .

وفى حديث[2] بريرة أنها قالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية . فقالت عائشة إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لى فعلت ، فرجعت بريرة إلى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم . وهذا يدل على أن ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقرراً عندهم والله أعلم .

٨٧٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ويعطى مما كوتب عليه الربع ، لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) ﴾ .

الكلام فى الإيتاء فى خمسة فصول : وجوبه ، وقدره ، وجنسه ، ووقت جوازه ، ووقت وجوبه .

أما الأول : فإنه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال الشافعى وإسحاق . وقال بريدة والحسن والنخعى والثورى ومالك وأبو حنيفة : ليس بواجب ، لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات .

ولنا : قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب .

---

(١) ، (٢) مر الحديثان قريباً نقلا عن صحيح مسلم . (ف)

قال على رضى الله عنه فى تفسيرها : ضعوا عنهم ربع مال الـكتابة .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً .

وتخالف الـكتابة سائر العقود ، فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ، ولأن الـكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة ، فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً .

فإن قيل : المراد بالإيتاء إعطاؤه سهماً من الصدقة ، أو الندب إلى التصدق عليه وليس ذلك بواجب ، بدليل أن العقد يوجب العوض عليه ، فـكيف يقتضى إسقاط شىء منه ؟

قلنا : أما الأول فإن علياً وابن عباس رضى الله عنهما فسراه بما ذكرناه ، وهما أعلم بتأويل القرآن . وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر ، فلا يصار إليه إلا بدليل .

وقولهم : إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه .

قلنا : إنما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى ، كما تجب الزكاة مواساة من النعم التى أنعم الله تعالى بها على عبده ، ولأن العبد ولى جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه ، كما أمر النبى صلى الله عليه وسلم بإطعامه من الطعام الذى ولى حره ودخانه[1] . واختص هذا بالوجوب ، لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه ، فإن أبا هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة حق على الله تعالى عونهم : المجاهد فى سبيل الله ، والمـكاتب الذى يريد الأداء ، والناكح الذى يريد العفاف » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن .

الفصل الثانى : فى قدره ، وهو الربع ، ذكره الخرقى وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه ، وقال قتادة : العشر . وقال الشافعى وابن المنذر : يجزىء ما يقع عليه الاسم ، وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذى آتاكم) و (من) للتبعيض والقليل بعض فيـكتفى به .

وقال ابن عباس : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ، ولأنه قد ثبت أن المـكاتب لا يعتق حتى يؤدى جميع الـكتابة بما ذكرنا من الأخبار . ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الـكتابة ، ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه .

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٢٨ عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صنع لأحدكم خادمه طعاماً ثم جاءه به وقد ولى حره ودخانه فليقعده معه ليأكل ، فإن كان الطعام مشفوهاً فليضع فى يده منه أكلة أو أكلتين » مشفوهاً : قليلا . (ف)

وروى عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفاً ، فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة[1] .

ولنا : ماروى أبو بكر بإسناده عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) فقال « ربع الكتابة » وروى موقوفاً عَلَى علىّ ، ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ، ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانته على تحصيل العتق ، وهذا لايحصل باليسير الذى هو أقل ما يقع عليه الاسم ، فلم يجز أن يكون هو الواجب . وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وإن ورد غير مقدر ، فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة .

الفصل الثالث : فى جنسه ، إن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه جاز ، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه ، وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز ، لأن الصحابة رضى الله عنهم فسروا الإيتاء بذلك ، ولأنه أبلغ فى النفع وأعون على حصول العتق ، فيكون أفضل من الإيتاء ، وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه . وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز . ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه .

ولنا : أنه لافرق فى المعنى بين الإيتاء منه وبين الإيتاء من غيره إذا كان من جنسه ، فوجب أن يتساويا فى الإجزاء ، وغير المنصوص إذا كان فى معناه ألحق به ، وكذلك جاز الحط ، وليس هو بإيتاء لما كان فى معناه . وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير أو عروضاً لم يلزمه قبوله ، لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ، ويحتمل الجواز ، لأن الرفق به يحصل به .

الفصل الرابع : فى وقت جوازه ، وهو من حين العقد ، لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج إليه من حين العقد ، وكلما عجله كان أفضل ، لأنه يكون أنفع كالزكاة .

الفصل الخامس : فى وقت وجوبه وهو حين العتق ، لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذى آتاه ، وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ .

قال على رضى الله عنه : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثانى . فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دَين فى تركته ، لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه . وإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا فى التركة بقدر حقوقهم ، ويقدّم ذلك على الوصايا ، لأنه دَين ، وقد قضى النبى صلى الله عليه وسلم أن الدَّين قبل الوصية ، والله الموفق .

٨٧٣٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ وإن عجلت الكتابة قبل محلها ، لزم السيد الأخذ ، وعتق من وقته فى إحدى الروايتين عن

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ بهذا ، وأخرجه البيهقى من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر (ف) .

أبي عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى : إذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً ﴾ .

الـكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : فيما إذا عجل المـكاتب الـكتابة قبل محلها ، فالمنصوص عن أحمد أنه يلزم قبولها ويعتق المـكاتب . وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزم قبول المال إلا عند نجومه ، لأن بقاء المـكاتب في هذه المدة في ملـكه حق له ولم يرض بزواله ، فلم يزل كما لو عاق عتقه على شرط لم يعتق قبله ، والصحيح في المذهب الأول ، وهو مذهب الشافعي ، إلا أن القاضي قال : أطلق أحمد والخرقي هذا القول ، وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله ، كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ، ولا يحتاج إلى مؤنة في حفظه ، ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه .

فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه ، مثل أن يـكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ ، أو يخاف تلفه كالحيوان ، فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده .

وإن كان مما يـكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه ، لأنه ينقص إلى حين الحلول .

وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمـه أيضاً ، لأنه يحتاج في إبقائه إلى وقت المحل إلى مؤنته فيتضرر بها ، ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه ، لأن في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه ، وكذلك لو سلمه إليه في طريق مخوف ، أو موضع يتضرر بقبضه فيه ، لم يلزمه قبضه ولم يعتق المـكاتب ببذله .

قال القاضي : والمذهب عنـدي أن في قبضه تفصيلا على حسب ما ذكرناه في السلم ، ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه ، وأما مالا ضرر في قبضه فإذا عجله لزم السيد أخذه ، وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل ، اعتماداً على إطلاق أحمد القول في ذلك ، وهو ظاهر إطلاق الخرقي ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن حزم أن رجلا أتى عمر رضي الله عنه فقال : يا أمير المؤمنين إني كاتبت على كذا وكذا ، وإني أيسرت بالمـال فأتيته به ، فزعم أنه لا يأخذها إلا نجوماً ، فقال عمر رضي الله عنه : يايرفأ خذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأدّ إليه نجوماً في كل عام ، وقد عتق[1] هذا ، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال ، وعن عثمان بنحو هذا .

---

(١) أخرجه أيضاً البيهقي كما في منتخب كنز العمال ج ٤ ص ٨٤ ، ٨٥ وجاء في موطأ مالك ج ٢ ص ١٥٤ « سمع مالك ربيعة بن عبد الرحمن وغيره يذكرون أن مكاتباً كان للفرافصة بن عمـير الحنفي وأنه عرض عليه أن يدفع إليه جميع ما عليه من كتابته فأبى الفرافصة فأتى المـكاتب مروان بن الحـكم وهو أمير المدينة فذكر ذلك له فدعا مروان الفرافصة فقال له ذلك فأبى فأمر مروان بذلك المال أن يقبض من المـكاتب فيوضع في بيت المال وقال=

ورواه سعيد بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال : حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد ابن سيرين أن عثمان قضى بذلك ، ولأن الأجل حق لمن عليه الدّين ، فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق .

فإن قيل : إذا علق عتق عبده على فعل فى وقت ففعله فى غيره لم يعتق ، فكذلك إذا قال : إذا أدّيت إلىّ ألفاً فى رمضان فأداه فى شعبان لم يعتق .

قلنا : تلك صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها ، والكتابة معاوضة يبرأ فيها بأداء العوض فافترقا ، وكذلك لو أبرأه من العوض فى المكاتبة عتق ، ولو أبرأه من المال فى الصفة المجردة لم يعتق ، والأولى إن شاء الله ما قاله القاضى فى أن ما كان فى قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله ، لما ذكره من الضرر الذى لم يقتضه العقد ، وخبر عمر رضى الله عنه لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ، ولأن أصحابنا قالوا : لو لقيه فى بلد آخر فدفع إليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله ، لما عليه من الضرر فيه ، وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه ، كذا هاهنا ، وكلام أحمد رحمه الله محمول على ما إذا لم يكن فى قبضه ضرر ، وكذلك قول الخرقى وأبى بكر .

٨٧٣١ (فصل)

إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه ، فقال السيد : هذا حرام أو غصب لا أقبله منك ، سئل العبد عن ذلك ، فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله ، لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له ، وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته ، لأن له حقًّا فى أن لا يقتضى دَينه من حرام ، ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وإن حلف قيل للسيد : إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق ، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ، ثم ينظر ، فإن ادعى أنه حرام مطلقاً لم يمنع منه ، لأنه لا يقر به لأحد ، وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه إن ادعاه ، لأن قوله وإن لم يقبل فى حق

= المكاتب : إذهب فقد عتقت . فلما رأى ذلك الفرافصة قبض المال . وفى سنن الدارقطنى ج ٤ ص١٢٢ عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى أنه حدثه عن أبيه قال : اشترتنى امرأة من بنى ليث بسوق ذى المجاز بسبعمائة درهم ثم قدمت فكاتبتنى على أربعين ألف درهم فأديت إليها عامة المال ثم حملت ما بقى إليها فقلت : هذا مالك فاقبضيه، قالت لا والله حتى آخذه منك شهراً بشهر وسنة بسنة ، فخرجت به إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكرت ذلك له فقال عمر بن الخطاب : ارفعه إلى بيت المال ثم بعث إليها فقال : هذا مالك فى بيت المال وقد عتق أبو سعيد فإن شئت فخذى شهراً بشهر أو سنة بسنة. قال : فأرسلت فأخذته اهـ وفى إسناده عبد الله بن عبد العزيز الليثي ضعيف (ف) .

المـكاتب ، فإنه يقبل فى حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد فى يد غيره : هذا حر ، وأنـكر ذلك مَن العبدُ فى يده لم يقبل قوله عليه ، فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حريته . وإن أبرأه من مال الـكتابة حين امتنع المـكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه ، لأنه لم يبق له عليه حق ، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم فى قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان فى قبضهما مال الـكتابة حين امتنع المـكاتب من قبضه .

٨٧٣٢ (فصـــــــل)

وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض . وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض . وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره . وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذى كاتبه عليه لزمه أخذه ، لأنه زاده خيراً ، وإن كان لا ينفق فى بعض البلدان التى ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله ، لأن عليه فيه ضرراً .

الفصل الثانى : إذا ملك ما يؤدى فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدى . روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضى الله عنهم ، فإنهم قالوا : المـكاتب عبد ما بقى علية درهم ، وهو قول أهل العلم . وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدى عتق ، لما روى سعيد قال : حدثنا سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه » ورواه أبو داود وابن ماجة والترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

فأمرهن بالحجاب بمجرد ملـكه لما يؤديه ، ولأنه مالك لوفاء مال الـكتابة أشبه ما لو أداه .

فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء . فمتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه ، وإن هلك ما فى يديه قبل الأداء صار دَيناً فى ذمته وقد صار حراً .

ووجه الرواية الأولى : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المـكاتب عبد ما بقى عليه درهم — وقوله — أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفى رواية « من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق أو قال : إلا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذى وقال : هذا حديث حسن غريب .

ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه ، كما لو قال : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر . فعلى هذه

الرواية إن أدى عتق وإن لم يؤد لم يعتق . فإن امتنع من الأداء فقال أبو بكر : يؤديه الإمام منه، ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ ، وهو قول أبى حنيفة .

ويحتمل كلام الخرقى أنه إذا لم يؤد عجزه السيد إن أحب ، فإنه قال : إذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبداً غير مكاتب ، ونحوه قال الشافعى ، فإنه قال : إن شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء ، ووجهه أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه فى الكتابة فلا يجبر على الأداء كسائر العقود الجائزة . ووجه الأول أنه يثبت للعقد استحقاق الحرية بملك ما يؤدى فلم يملك إبطالها كما لو أدى ، فإن تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه[1] واسترقاقه وجهاً واحداً .

٨٧٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإذا أدى بعض كتابته ومات وفى يده وفاء وفضل فهو لسيده فى إحدى الروايتين ، والأخرى لسيده بقية كتابته ، والباقى لورثته ﴾ .

يحتمل أن هذه المسألة مبنية على ما قبلها ، فإذا قلنا : إنه لا يعتق بملك ما يؤدى فقد مات رقيقاً ، فانفسخت الكتابة بموته وكان ما فى يده لسيده ، وإن قلنا : إنه عتق بملك ما يؤدى فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته ، لأنه دَين له عليه والباقى لورثته .

قال القاضى : الأصح أنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبداً ، وما فى يده لسيده ، رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد والزهرى ، وبه قال إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعى ، لما ذكرناه فى التى قبلها ، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة ، فوجب أن تنفسخ كما لو لم يكن له مال ، ولأنه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت ، كما لو قال : إذا أدّيت إلىّ ألفاً فأنت حر .

والرواية الثانية : يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روى ذلك عن على وابن مسعود ومعاوية ، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعى والثورى والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأى إلا أن أبا حنيفة قال : يكون حراً فى آخر جزء من حياته ، وهذا قول القاضى .

ووجه هذه الرواية ما قدمنا فى التى قبلها ، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ، ولأن العبد أحد من تمت به كتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأولى أولى . وتفارق الكتابة البيع ، لأن كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ، ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه ،

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٦٣ والفقى ج ٩ ص ٤٣٠ (جاز بعجزه واسترقاقه) ويبدو أن الأصل (جاز تعجيزه واسترقاقه) (ف) .

والمكاتب هو المعقود عليه ، والعقد يتعلق بعينه ، فإذا تلف قبل تمام الأداء انفسخ العقد ، كما لو تلف المبيع قبل قبضه ، ولأنه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته .

٨٧٣٤ (فصـــل)

وإذا مات ولم يخلف وفاء ، فلا خلاف فى المذهب أن الكتابة تنفسخ بموته ، ويموت عبداً ، وما فى يده لسيده ، وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار ، إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبى بكر والقاضى ومن وافقهما ، فإنه يموت حراً فى مقتضى قولهم .

وقال مالك : إن كان له ولد حر انفسخت الكتابة ، وإن كان له مملوك فى كتابته أجبر على دفع المال كله ، إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والأداء .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه يعتق منه بقدر ما أدى ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا أصاب[1] المكاتب حدًا أو ميراثًا ، ورث بقدر ما أدى ، ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى » .

وعن عمر وعلىّ والنخعى : إذا أدى الشطر فلا رق عليه .

وقال ابن مسعود : إذا أدّى قدر قيمته فهو غريم . وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن إعادته إن شاء الله تعالى .

٨٧٣٥ (فصـــل)

ولا تنفسخ الكتابة بالجنون ، لأنها عقد لازم ، فلم تنفسخ بالجنون كالرهن ، وفارق الموت ، لأن العقد على العين ، والموت يفوت العين بخلاف الجنون ، ولأن القصد من الكتابة العتق ، والموت ينافيه . ولهذا لا يصح عتق الميت ، والجنون لا ينافيه ، بدليل صحة عتق المجنون .

فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق ، لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذى كان عليه ، وله أخذ المال من يده ، فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد . وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله ، فإن وجد له مالاً سلمه فى الكتابة وعتق ، وإن لم يجد له مالاً جعل له أن يعجزه ويلزمه الإنفاق عليه ، لأنه عاد قنًا . ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالاً يفى بمال الكتابة أبطل فسخ السيد ، لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به ، فبطل حكمه ، كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد ، إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ ،لأنه لم يكن مستحقاً عليه فى الباطن.

---

(١) سبق قريباً تخريجه (ف) .

وإن أفاق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة ، بطل أيضاً فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفقه ، لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته ، فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به .

وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة . وهذا قول أصحاب الشافعي ، ولم يذكره أصحابنا وهو حسن ، لأنه استوفاه ، والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه ، فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه .

٨٧٣٦ (فصـــــــل)

وقتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة على ما أسلفناه من الخلاف ، سواء كان القاتل السيد أو الأجنبي ، ولا قصاص على قاتله الحر ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده إلى سيده ، ولم يجب عليه شيء ، لأنه لو وجب لوجب له .

فإن قيل : فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول .

قلنا : هاهنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثاً ، بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة ، وإنما يمنع القاتل الميراث خاصة . ألا ترى أن من له دَين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دَينه ، وفي رواية : وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت .

وإن كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا : إن الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك . وإن قلنا : لا تنفسخ بموته ، فله القيمة على سيده تصرف إلى ورثته ، كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته . فإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت ، كما لو خلف وفاء ، لأن دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها إلى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى . ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثاً أو لا يخلف وارثاً . وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال .

ولنا : أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه ، لأن صرفه إلى سيده بطريق الإرث ، والقاتل لا ميراث له . وإن كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيده إلا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة فإنها تجب لورثته ، والله أعلم .

٨٧٣٧ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا مات السيد كان العبد على كتابته ، وما أدى فبين ورثة سيده مقسوماً كالميراث ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكتابة لا تنفسخ بموت السيد ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، وذلك لأنه عقد لازم من جهته لا سبيل إلى فسخه ، فلم ينفسخ بموته كالبيع والإجارة .

إذا ثبت هذا فإن المكاتب يؤدي نجومه أو ما بقي منها إلى ورثته ، لأنه دين لمورثهم ويكون مقسوماً

بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه . فإن كان له أولاد ذكور وأناث فللذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا يعتق حتى يؤدى إلى كل ذى حق حقه ، فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعتق ، كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم فإن كان بعضهم غائباً وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله ، وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق ، وإن كان مولياً عليه دفع نصيبه إلى وليه إما أبيه[1] ، أو وصيه ، أو الحاكم ، أو أمينه . فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع إليهما معاً .

وإن كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ، ولا تصح الوصية إلى غيره ليقبض له ، لأن الرشيد ولى نفسه. وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد . وإن أذن بعضهم له فى الأداء إلى الآخر وكان الذى أذن له فى ذلك رشيداً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ، فإن كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه ، وإن كان موسراً عتق عليه كله وقوّم عليه باقيه ، كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه . وهذا ظاهر كلام الخرقى ، وهو أحد قولى الشافعى .

وقال القاضى : لا يسرى عتقه وإن كان موسراً . وهو القول الثانى للشافعى .

وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة ، لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبه مالو أداه إلى السيد . وإن أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق . وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبه . وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق . والخلاف فى هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم بإذن الآخر .

ولنا : على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه ، أو استوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ماله عليه ، فوجب أن يلحقه العتق ، كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة . وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة ، لأنه ما أبرأه من جميع حقه .

ولنا : على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذى يجوز إعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه ، فوجب أن يسرى عتقه ، كما لو كان قناً ، ولأنه عتق حصل بفعله واختياره ، فسرى كمحل الوفاق .

فإن قيل : فى السراية ضرر بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق .

قلنا : إذا كان العتق فى محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذى لا كتابة فيه ، فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى .

---

(١) قوله (الى وليه إما ابنه) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٦٨ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٣٢ لكن فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٢٧ (الى وليه إما أبيه) وهو الصواب (ف)

٨٧٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال (وولاؤه لسيده ، وإن عجز فهو عبد لسائر الورثة) .

أما إذا عجز ورد فى الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة ، كما لو لم يكن مكاتباً ، لأنه من مال موروثهم ، فكان بينهم كسائر المال . وأما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقى : يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض . وهذا قول أكثر الفقهاء ، وهو اختيار أبى بكر ، ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق . وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال : اختلف الناس فى المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته ، قال بعض الناس : الولاء للرجال والنساء ، وقال بعض الناس : لا ولاء للنساء ، لأن هذا إنما هو دَين على المكاتب ، ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ، ولكلّ وجه ، والذى أراه ويغلب علىّ أنهن يرثن ، وذلك لأن المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهرى ، وذلك لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت المكاتب ، فكان ولاؤه لهم ، كما لو انتقل إلى المشترى ، ولأنه يؤدى إلى الورثة فكان ولاؤه لهم ، كما لو أدى إلى المشترى . ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له ، كما لو أدى إليه ، ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقى للسيد ، وإنما بقى للسيد دَين فى ذمة المكاتب . والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه فى المبيع باختياره ، فلم يبق له فيه حق من وجه . والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبقى على ماله موروثه ولا ينتقل إليه شىء أمكن بقاؤه لموروثه ، والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه .

٨٧٣٩ (فصل)

فإن أعتقه الورثة صح عتقهم ، لأنه ملك لهم فصح عتقهم له ، ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه ، وهم يقومون مقام موروثهم ، ويكون ولاؤه لهم لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما[1] الولاء لمن أعتق » وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوّم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له . وإن لم يسر عتقه لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر ، ولأنه منعم عليه بالعتق ، فكان الولاء له كغير المكاتب .

وقال القاضى : إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد ، وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ، ثم ينظر ، فإن أدى إلى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد ، وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاء نصيب المعتق له ، لأنه لولا إعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهام سائر الورثة ، فلما أعتقه كان هو المنعم عليه ، فكان الولاء له دونهم . فأما إن أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم ، لأن

---

(١) سبق تخريجه (ف)

الإبراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ، ويحتمل أن يكون الولاء لهم ، لأنهم أنعموا عليه بما عتق به ، فأشبه ما لو أعتقوه . وإن أبرأه بعضهم من نصيبه كان فى ولائه ما ذكرناه من الخلاف ، والله أعلم .

٨٧٤٠ (فصــــل)

إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه ، صح بيعهم وهبتهم ، لأنهم يقومون مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وهبته ، فكذلك ورثته ، ويكون عند المشترى والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وإن أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدى إليه على الرواية التى تقول إن ولاءه للورثة إذا أدى إليهم . وأما على الرواية الأخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته ، لأن ذلك يقتضى إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذى كاتبه وليس ذلك للورثة . ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد إن عتق بالكتابة ، لأن السيد عقدها فعتق بها ، فكان ولاؤه له ، ويفارق ما باعه السيد ، لأن السيد ببيعه أبطل حق نفسه ، وله ذلك بخلاف الورثة ، فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم .

٨٧٤١ (فصــــل)

وإن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح ، فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجوراً عليه برىء منه وعتق ، وولاؤه لسيده الذى كاتبه ، لأنه المنعم عليه ، وإن أبرأه من المال عتق أيضاً لأنه برىء من مال الكتابة ، فأشبه ما لو أدى . وإن أعتقه لم يعتق ، لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها ، وإنما وصى له بالمال الذى عليه ، وإن عجز ورد فى الرق عاد عبداً للورثة ، وما قبضه الموصى له من المال فهو له ، لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر فى تعجيزه إلى الورثة ، لأن الحق ثابت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم ، فكانت الخيرة فى ذلك إليهم .

وأما الموصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتعجيزه ، فلم يكن له فى ذلك حق .

وإن وصى بمال الكتابة للمساكين . ووصى إلى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح .

ومتى سلم المال إلى الوصى برىء وعتق . وإن أبرأه منه لم يبرأ ، لأن الحق لغيره . وإن دفعه المكاتب إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق ، لأن التعيين إلى الوصى دونه . وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه ، كما لو وصى به عطية له . وإن كان إنما أوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى بقضاء الدين ويدفعه إليهم بحضرته ، لأن المال للورثة ، ولهم أن يقضوا الدين منه ومن غيره والوصى فى قضاء الدين حق فيه ، لأن لهم منعهم من التصرف فى التركة قبل قضاء الدين .

٨٧٤٢ (فصــــل)

إذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً ، فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة ، لأن الحق

لما . وإن أنكراه وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعتق بالأداء إليهما ، وإن عجز فلهما رده إلى الرق ، وإن لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ ، وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقاً ، وإن لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمانهما ، لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة ، وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله أنهما لا يعلمان أن أباهما كاتبه ، لأنها يمين على نفي فعل الغير ، فإن حلفا ثبت رقه ، وإن نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد وتثبت الكتابة .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضى برق نصفه وكتابة نصفه ، وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر ، فإن لم تكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قناً . فإن شهد المقر على أخيه قبلت شهادته ، لأنه لايجر بها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً . فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه . وإن لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين . وإن لم يكن عدلا أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ، ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه ، لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه ، فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته .

ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز ، وإن طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام أحمد أنه يجبر عليها ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن المنافع مشتركة بينهما ، فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ، ويحتمل أن لا يجبر ، وهو قول الشافعي ، لأن المهايأة تأخير حقه الحال ، لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما ، فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دَينه الحال . فإن اقتسما الكسب مهايأة أو مناصفة فلم يف بأداء نجومه فللمقر رده في الرق ، وما في يده له خاصة ، لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب.

وإن اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر: هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أبينا ، وأنكر ذلك المقر ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن المنكر يدعي كسبه في وقت الأصل عدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب ، فكذلك من يقوم مقامه . وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب إليه ، وإنما كان السبب من أبيه ، وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ، ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً ، لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض ، فقد حصل أداء مال الكتابة إليهما جميعاً ، فعتق كله بذلك ، وولاء هذا النصف للمقر ، لأن أخاه لايدعيه ، وهذا المقر يدعي أنه كله قدعتق بالكتابة ، وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيبي من الولاء .

وقال أصحاب الشافعى فى ذلك وجهان :

أحدهما كقولنا .

والثانى : الولاء بين الإثنين ، لأنه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث ، والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ، ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الإبنين به ، كما لو ادعى أحدهما دَيناً لأبيه على إنسان وأنكره الآخر ، فإن المدعى يأخذ نصيبه من الدَّين ويختص به دون أخيه ، وإن كان يرثه عن الأب . وكذلك لو ادّعياه معاً ، وأقاما به شاهداً واحداً . فحلف أحدهما مع الشاهد ، وأبى الآخر ، فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، وهذا قول الخرقى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شِرْكاً له من عبد[1] وكان له ما يبلغُ قيمةَ العبد قُوِّمَ عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم » ولأنه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك ، فسرى إلى باقيه كغير المكاتب .

وقال أبو بكر والقاضى : لا تعتق إلا حصته ، لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ ، وإن كان المنكر لم يصر إلى نصيب المقر ، لأنه مكاتب لغيره ، وفى سراية المعتق إليه إبطال سبب الولاء عليه ، فلم يجز ذلك .

٨٧٤٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال: ﴿ ولا يمنع المكاتب من السفر ﴾ .

وجملته : أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبى والنخعى وسعيد بن جبير والثورى والحسن بن صالح وأبى حنيفة ، ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره ، لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله ، لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم فى وقتها والرجوع فى وقته عند عجزه ، فمنع منه كالغريم الذى يحل عليه الدّين قبل مدة سفره، واختلف قول الشافعى فقال فى موضع : له السفر ، وفى قول: ليس له السفر ، فقال بعض أصحابه : فيها قولان ، وقال بعضهم : ليست على قولين إنما هى على اختلاف حالين، فالموضع الذى قال له السفر إذا كان قصيراً ، لأنه فى حكم الحاضر ، والموضع الذى منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع فى رقه عند عجزه .

ولنا : أن المكاتب فى يد نفسه ، وإنما للسيد عليه دَين ، فأشبه الحر المدين ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحرم الغريم .

٨٧٤٤ (فصـل)

فإن شرط عليه فى الكتابة أن لا يسافر فقال القاضى : الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبى والنخعى وأبى حنيفة ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ، وَلأنه

---

(١) سبق تخريجه (ف)

غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه ، كما لو أقرضه رجل قرضاً بشرط أن لا يسافر . وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر ، وهو قول مالك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم[1]» ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم ، كما لو شرط نقداً معلوماً .

وبيان فائدته أنه لا يأمن إباقه ، وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذى عليه ، ويفارق القرض ، فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه ، فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة ، فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه ، وفيه حفظ عبده وماله ، فلا يمنع من تحصيله ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى . فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه ، وإن لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق ، لأنه لم يف بما شرطه عليه ، أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة ، واحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه ، فلم يملك تعجيزه ، كما لو لم يشترط عليه .

٨٧٤٥ (فصـــــل)

وإن شرط فى كتابته أن لا يسأل ، فقال أحمد : قال جابر بن عبد الله : هم على شروطهم ، إن رأيته يسأل تنهاه ، فإن قال : لا أعود لم يرده عن كتابته فى مرة ، فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم ، وأنه إن خالف مرة لم يعجزه ، وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه .

قال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة فى مرة عجزه ، كما إذا حل نجم فى نجم عجزه ، فاعتبر المخالفة فى مرتين كحلول نجمين ، وإنما صح الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » ولأن له فى هذا فائدة وغرضاً صحيحاً ، وهو أن لا يكون كَلاًّ على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم .

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط ، لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وَفِي الرِّقَابِ)[2] وهم المكاتبون ، فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له .

٨٧٤٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده ﴾

وهذ قول الحسن ومالك ، والليث ، وابن أبى ليلى ، وأبى حنيفة ، والشافعى وأبى يوسف ، وقال الحسن بن صالح : له ذلك ، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

---

(١) أخرجه أبو داود والحاكم عن أبى هريرة (ف)
(٢) سورة التوبة آية ٦٠

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر[1] » ولأن على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدى المهر والنفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نجومه ، فيمنع من ذلك كالتبرع به .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه . وقال الثورى : نكاحه موقوف إن أدى تبينا أنه كان صحيحاً ، وإن عجز فنكاحه باطل .

ولنا : الخبر ، ولأنه تصرف منع منه للضرر ، فلم يصح كالهبة ، وما ذكر لا أصل له .

فإذا ثبت هذا : فإنه يفرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدى من كسبه ، لأنه بمنزلة جنايته . وإن أتت بولد لحقه نسبه ، لأنه من وطء فى نكاح فاسد ، فإن كانت المرأة حرة فهو حر ، وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها . فأما إن أذن له سيده فى النكاح ، صح منه فى قولهم جميعاً ، فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ، ولأن المنع من نكاحه لحق سيده ، فإذا أذن له زال المانع ، ولأنه لو أذن لعبده القن فى النكاح صح منه ، فالمكاتب أولى .

٨٧٤٧ (فصـــــــل)

وليس له التسرى بغير إذن سيده ، لأن ملكه غير تام ، وقال الزهرى : لا ينبغى لأهله أن يمنعوه من التسرى .

ولنا : أن ملكه ناقص ، وعلى السيد فيه ضرر ، فيمنع منه كالتزويج . وبيان الضرر فيه أنه ربما أحبلها والحبل عيب فى بنات آدم وربما تلفت ، وربما ولدت فصارت أم ولد فيمتنع عليه بيعها فى أداء كتابتها ، وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة ، فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى . فأما إن أذن له سيده فى التسرى جاز له .

وقال الشافعى : لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده فى أحد القولين ، لأنه أمر يضربه وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز وإن أذن فيه سيده ، ولأنه ناقص الملك ، فلم يجز له التسرى كوطء الجارية المشتركة .

---

(١) أخرج ابن ماجة بسنده عن ابن عمر ج ١ ص ٦٠٤ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا تزوج العبد بغير إذن سيده كان عاهراً » وأخرج عنه أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » (ف)

ولنا : أنه لو أذن لعبده القن فى التسرى جاز ، فالمكاتب أولى ، ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه[1] كالتزويج .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا تسرى بإذن سيده أو غير إذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ، ولا مهر عليه ، لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب على الإنسان شىء لنفسه . وإن حبلت فالنسب لاحق به ، لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا له ، لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه ، لأن ملكه غير تام وليس له بيعه ، لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته . فإن أدى عتق وعتق الولد ، لأنه ملك لأبيه الحر ، وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد .

فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها ، نص عليه أحمد ، لأن ولدها له حرمة الحرية ، ولا يجوز بيعه ، ويعتق بعتق أبيه ، فكذلك أمه ، فعلى هذا لا يجوز بيعها ، وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهى أم ولده ، وإن رق رقت .

وقال القاضى فى موضع : لا تصير أم ولد بحال وله بيعها ، لأنها حملت بمملوك فى ملك غير تام . وللشافعى قولان كهذين الوجهين . وإن وضعته بعد عتقه لأقل من ستة أشهر تبينا أنها حملت به فى حال رقه ، فالحكم على ما مضى ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا أنها حملته حراً ، لأننا لم نتيقن وجوده فى حال الرق وتكون أم ولد لأنها علقت بحر فى ملكه . وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا .

٨٧٤٨ (فصــــــل)

وليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر . وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر ، لأنه عقد على منفعة فملكه كالإجارة ، وهو الذى قاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

وحكى عن القاضى : أنه قال فى الخصال : له تزويج الأمة دون العبد ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ، ولأنه عقد ذمة على منافعها فأشبه إجارتها .

ولنا : أن على السيد فيه ضرراً ، لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته ، وإن زوج الأمة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها ، وربما امتنع بيعها بالكلية ، وليس ذلك من جهات المكاتب ، فربما عجزه ذلك عن أداء نجومه ، وإن عجز عاد رقيقاً للسيد

(١) « فجاز تأديبه كالتزويج » هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٧٩ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٤١ والصواب « فجاز بإذنه كالتزويج » كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٧٢ (ف) .

مع ماتماق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص، لم يجز ذلك له كإعتاقهم . وفارق إجارة الدار فإنها من جهات المكاسب عادة . فعلى هذا إن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم إليه باعهم ، فإن العبد متى طلب التزويج خيّر سيده بين بيعه وتزويجه ، وإن أذن له السيد فى ذلك جاز ، لأن الحق له والمنع من أجله فجاز بإذنه .

٨٧٤٩ (فصـــــل)

وليس له إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده ، وبهذا قال الحسن والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو حنيفة ، لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لايحصل له به مال فأشبه الهبة . فإن أعتق لم يصح إعتاقه ، ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده .

وقال أبو بكر : هو موقوف على آخر أمر المكاتب ، فإن أدى عتق معتقه ، وإن لم يؤدى رق . قال القاضى : هذا قياس المذهب ، كقولنا فى ذوى الأرحام إنهم موقوفون .

ولنا : أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلا كالهبة ، ولأنه تصرف تصرفاً منع منه لحق سيده ، فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ، ولا يصح قياسه على ذوى أرحامه ، لأن عتق ذوى أرحامه ليس بتصرف منه . وإنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم ، والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به ، فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ . والمعتق إنما يعتق بالإعتاق الذى كان باطلا فلا تتيقن صحته إذا كمل الملك ، لأن كمال الملك فى الثانى لا يوجب كونه كاملا حين الإعتاق ، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه .

فأما إن أذن فيه سيده صح ، وقال الشافعى فى أحد القولين : لا يصح ، لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى ، أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ، ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك إعتاق ما فى يده ولا هبته فلم يصح إذنه[1] فيه .

ولنا : أن الحق لا يخرج عنهما ، فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن . وما ذكروه يبطل بالنكاح ، فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه ، وإذا أذن له فيه جاز . وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً ، فإن عتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوى أرحامه . هذا قول القاضى . وقال القاضى أبو بكر : يكون لسيده ، لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كالنائب له .

---

(١) (فلم يصح لأنه فيـه) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٨١ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٤٣ والصواب (فلم يصح إذنه فيه) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٧٥ (ف).

٨٧٥٠ (فصـــــل)

والمكاتب محجور عليه فى ماله فليس له استهلاكه ولا هبته ، وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، لأن حق سيده لم ينقطع عنه ، لأنه قد يعجز فيعود إليه ، ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء ، وهبة ماله تفوت ذلك . وإن أذن فيه سيده جاز . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، لأنه يفوت المقصود بالكتابة . وعن الشافعى فيه كالمذهبين .

ولنا : أن الحق لا يخرج عنهما ، فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن . فأما الهبة بالثواب فلا تصح . وقال الشافعى فى أحد قوليه : تصح لأن فيها معاوضة .

ولنا : أن الاختلاف فى تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ، ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ، وإن أذن فيها السيد جازت ، وإن وهب لسيده جاز ، لأن قبوله الهبة إذن فيها ، وكذلك إن وهب لابن سيده الصغير .

٨٧٥١ (فصـــــل)

ولا يحابى فى البيع ، ولا يزيد فى الثمن الذى اشترى به ، ولا يعير دابة ، ولا يهدى هدية . وأجاز ذلك أصحاب الرأى ، ويحتمل جواز إعارة دابته وهدية المأكول ودعائه إليه ، لأن ذلك يجوز للمأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته . ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ، ولا يوصى بماله ولا يحط عن المشترى شيئاً ، ولا يقرض ، ولا يضمن ، ولا يتكفل بأحد ، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ، لأن ذلك تبرع بماله ، فمنع منه كالهبة .

٨٧٥٢ (فصـــــل)

وليس له أن يحج إن احتاج إلى إنفاق ماله فيه . ونقل الميمونى عن أحمد للمكاتب أن يحج من المال الذى جمعه إذا لم يأت نجمه ، وهذا محمول على أنه يحج بإذن سيده ، أما بغير إذنه فلا يجوز ، لأنه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالعتق .

فأما إن أمكنه الحج من غير إنفاق ماله كالذى يتبرع له إنسان بإحجاجه ، أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه ، لأن هذا يجرى مجرى تركه للكسب ، وليس ذلك مما يمنع منه .

٨٧٥٣ (فصـــــل)

وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده ، وهذا قول الحسن والشافعى ، لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ، ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له فى التجارة . واختار

القاضى : جواز الكتابة ، وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وهو قول مالك وأبى حنيفة والثورى والأوزاعى ، لأنه نوع معاوضة فأشبه البيع .

وقال أبو بكر : هو موقوف كقوله فى العتق المنجز ، فإن أذن فيها السيد صحت ، وقال الشافعى: فيها قولان . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم .

فإذا كاتب عبده فعجزا جميعاً صارا رقيقين للسيد ، وإن أدى المكاتب الأول ثم أدى الثانى فولاء كل واحد منهما لمكاتبه . وإن أدى الأول وعجز الثانى صار رقيقاً للأول . وإن عجز الأول وأدى الثانى فولاؤه للسيد الأول . وإن أدى الثانى قبل عتق الأول عتق ، قال أبو بكر : وولاؤه للسيد ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المعتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب . ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه .

وقال القاضى : هو موقوف إن أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولى الشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن العبد ليس بملك له ، ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق فى ملكه .

وقولهم : لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث، فليس كذلك ، فإن النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين ، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل ، وهو ما يجره موالى الأب من مولى الأم ، فجاز أن يكون موقوفاً ، والنسب والميراث بخلاف ذلك . فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا : الولاء للسيد ورثه . وإن قلنا : هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف .

٨٧٥٤ (فصـــــل)

وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بإضعاف قيمتها ، وهذا مذهب الشافعى . لأن فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به .

قال القاضى : ويتخرج الجواز بناء على المضارب أن له البيع نسيئة فى إحدى الروايتين : فيخرج هاهنا مثله ، وسواء أخذ بالثمن ضميناً أو رهناً أو لم يأخذ ، لأن الغرر لم يزل ، فإن الرهن يحتمل أن يتلف ، ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين ، لأن الوثيقة قد حصلت به ، والعوارض نادرة على خلاف الأصل .

فإن باع بأكثر مما يساوى حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز ، لأن الزيادة ربح . وإن اشترى نسيئة جاز ، لأنه لا غرر فيه ، ولا يجوز أن يدفع به رهناً ، لأن الرهن أمانة ، وقد يتلف أو يجحده الغريم ، وليس له

أن يدفع ماله سلماً ، لأنه فى معنى البيع نسيئة ، وله أن يستسلف فى ذمته ، لأنه فى معنى الشراء نسيئة . وليس له أن يقرض ، لأنه تبرع بالمال وفيه خطر به ، وله أن يقترض لأنه ينتفع بالمال . وليس له أن يدفع ماله مضاربة ، لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به . وله أن يأخذ المال قراضاً ، لأنه من أنواع الكسب . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا .

٨٧٥٥ (فصـــــل)

وللمكاتب أن يبيع ويشترى بإجماع من أهل العلم ، لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فإنه قد جاء فى بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق فى التجارة[1] .

وله أن يأخذ ويعطى فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه . وله أن ينفق مما فى يده من المال على نفسه فى مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما لا غناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذى له . وله تأديب عبيده وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك ، لأنه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم . ولا يملك إقامة الحد عليهم ، لأن هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها .

وله المطالبة بالشفعة والأخذبها لأنه نوع شراء ، فإن كان المشترى للشقص سيده فله أخذه منه ،لأن له أن يشترى منه ، وإن اشترى المكاتب شقصاً لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة ، لأنه مع سيده فى باب البيع والشراء كالأجنبى ، وإن وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه ، وإن أنكره السيد كان عليه اليمين . وإن أذن السيد لمكاتبه فى البيع بالمحاباة صح منه ، وكان لسيده الأخذ بالشفعة ، لأن بيعه بالمحاباة مع إذن سيده فيه صحيح . ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدَّين ، لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئاً فله الإقرار به .

٨٧٥٦ ﴿ مســــــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين ﴾ .

وجملته : أن الربا يجرى بين العبد وبين سيده ، فلم يجز أن يبيعه درهما بدرهمين كالأجنبيين . وقال ابن أبى موسى : لاربا بينهما ، لأنه عبد فى الأظهر من قوله ،ولا ربا بين العبد وسيده ، ولهذا جاز أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته . وله وطء مكاتبته إذا شرط ، ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه قول الخرقى : أن السيد مع مكاتبه فى باب المعاملة كالأجنبى ، بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة

---

(١) ورد فى سنن سعيد بن منصور « تسعة أعشار الرزق فى التجارة .. » عن نعيم بن عبد الرحمن الأزدى ويحيى بن جابر الطائى مرسلا(ف) ؛

على صاحبه ، ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما فى يد صاحبه ، وإنما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضيه أن يعجزه فيعود إليه ، وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه . فعلى هـذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنبيين ، ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب .

٨٧٥٧ (فصـــــل)

فإن كان لـكل واحد منهما على صاحبه دين ، مثل أن كان للسيد على المـكاتب دَين من الـكتابة أو غيرها ، وللمـكاتب على سيده دَين وكانا نقداً من جنس واحد ، حالين أو مؤجلين أجلا واحداً ، تقاصا وتساقطا ، لأنهما إذا تساقطا بين الأجانب فمع السيد ومكاتبه أولى : وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبى موسى : لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلهما قصاصاً بهما جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضى : لا يجوز هذا ، لأنه بيع دَين بدَين ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الدَّين بالدَّين[1] ، ولأنه لا يجوز بين الأجنبيين ، فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات . وفارق العبد القن فإنه باق فى تصرف سيده ، وما فى يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه ، فعلى هذا لا يجوز مع التراضى به وعلى قول أبى موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعا . ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به ، لأنه بيع .

فأما إن كان عرضين أو عرضاً ونقداً لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال ، سواء كان القرض من جنس حقه أو غير جنسه . وإن تراضيا بذلك لم يجز أيضاً ، لأنه بيع دَين بدَين ، وإن قبض أحدهما من الآخر حقه ، ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن ماله فى ذمته جاز إذا لم يكن الثابت فى الذمة عن سلم ، فإن ثبت عن سلم ، يجز أخذ عوضه قبل قبضه .

وفى الجملة أن حكم المـكاتب مع سيده فى هذا حـكم الأجانب ، إلا على قول ابن أبى موسى الذى ذكرناه ، والله أعلم .

٨٧٥٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وليس للرجل أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : فى وطئها بغير شرط وهو حرام فى قول أكثر أهل العلم ، منهـم سعيد بن المسيب والحسن

---

(١) عن ابن عمر أن «النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الـكالئ بالـكالئ» أخرجه الحاكم والبيهقى والدارقطنى وروى البيهقى عن نافع قال : « هو بيع الدين بالدين» (ف) .

والزهرى ومالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى . وقيل: له وطؤها فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه ، لأنها ملك يمينه فتدخل فى عموم قوله تعالى : (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ[1]) .

ولنا : أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها ، وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة ، فأزال حل وطئها كالبيع ، والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ، ولأن الملك هاهنا ضعيف لأنه قد زال عن منافعها جملة ، ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها ، وتفارق أم الولد ، فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته ، فأشبهت المدبرة والموصى بها : وإنما امتنع البيع لأنها استحقت العتق بموته استحقاقاً لازماً لا يمكن زواله .

الفصل الثانى : إذا شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وقال سائر من ذكرنا : ليس له وطؤها ، لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط ، كما لو زوجها أو أعتقها .

وقال الشافعى : إذا شرط ذلك فى عقد الكتابة فسد ، لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك : لا يفسد العقد به ، لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم[2] » ولأنها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها .

يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضى لحل وطئها إنما كان لحقها ، فإذا شرطه عليها جاز كالخدمة ، ولأنه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة ، وفارق البيع لأنه يزيل ملكه عنها .

٨٧٥٩ (فصـــــل)

فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر ، لأنه وطء يملكه ويباح له ، فأشبه وطأها قبل

---

(١) سورة المؤمنون آية ٦

(٢) ورد « المسلمون علـى شروطهم » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٣ والحاكم عن أبى هريرة وضعفه ابن حزم وعبد الحق وحسنه الترمذى ، وأخرجه الترمذى عن عمرو بن عوف المزنى ج ٢ ص ٢٥٣ قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح . وأخرجه الطبرانى عن رافع بن خديج بلفظ « المسلمون عند شروطهم فيما أحـل » وأخرجه الحاكم عن أنس وعن عائشة بلفظ « المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك »

قال الحافظ فى تلخيص الحبـير ج ٣ ص ٢٣ « الذى وقع فى جميع الروايات « المسلمون » بدل «المؤمنون» (ف) .

كتابتها . وإن وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير ، لأنه وطء محرم ولا حد عليه فى قول عامة الفقهاء ، لا نعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن والزهرى فإنهما قالا : عليه الحد ، لأنه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا : أنها مملوكته فلم يجب الحد بوطئها كأمته المستأجرة والمرهونة ، وتخالف البيع ، فإنه يزيل الملك ، والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم »[1] وعليه مهرها لها ، لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها ، فكان عليه عوضها كمنافع بدنها .

٨٧٦٠ (فصـــل)

وإن أولدها صارت أم ولد له ، سواء وطئها بشرط أو بغير شرط ، لأنه أحبلها بحر فى ملكه ، فكانت أم ولده كغير المكاتبة ، والولد حر لأنه ولده من مملوكته ، ويلحقه نسبة لذلك ، ولأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة ، فأشبه ولد المغرور ، ولا تلزمه قيمته ، لأنها وضعته فى ملكه .

٨٧٦١ (فصـــل)

وليس له وطء بنتها ، لأنها تابعة لأمها موقوفة معها ، فلم يبح وطؤها كأمها ، ولا يباح ذلك بالشرط ، لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ، ولم يكن وطؤها مباحاً حال العقد بشرطه ، فإن وطئها فلا حد عليه لأنها ملكه ، ويأثم ويعزر لأنه وطىء فرجاً محرماً ولها مهر عليه ، حكمه حكم كسبها يكون لأمها تستعين به فى كتابتها ، لأن ذلك سبب حريتها ، وإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر ، لأنه أحبلها بحر فى ملكه ، ويلحقه نسبه ، ولا تجب عليه قيمتها لأن أمها لا تملكها ، ولا قيمة ولدها لأنها وضعته فى ملكه .

٨٧٦٢ (فصـــل)

وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبة اتفاقاً ، فإن فعل أثم وعزر ، ولا حد عليه لشبهة الملك ، لأنه يملك مالكها ، وعليه مهرها لسيدها ، وولده منها حر يلحقه نسبه ، لأن الحد سقط لشبهة الملك ، وتصير أم ولد له ، وعليه قيمتها لسيدها ، لأنه أخرجها بوطئه عن ملكه ، وكان عليه قيمتها لسيده ، ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعته فى ملكه ، ويحتمل أن تلزمه قيمته ، لأنه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكاً لسيدها فأشبه ولد المغرور .

٨٧٦٣ (فصـــل)

ولا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ، لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها

(١) سبق تخريجه قريباً (ف)

ونفع بضعها ومن عوضه ، وليس لواحدة منهما التزوج بغير إذن ، لأن عليه ضرراً فى ذلك ، فإنه يثبت للزوج حقاً فيها ، فربما عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها ، فإن تراضيا بذلك جاز ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، وهو وليها وولى ابنتها وجاريتها جميعاً ، لأن الملك له ، فأشبه الجارية القن ، والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا فى مهرهن إذا وطئهن السيد .

٨٧٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن وطئها ولم يشترط أدِّب ولم يبلغ به حد الزانى ، وكان عليه مهر مثلها ﴾ .

وجملة الأمر : أن السيد إذا وطىء مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا أنه لا حد عليه ، لكن إن كانا عالمين بالتحريم عزرا ، وإن كانا جاهلين عزرا[1] ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ، ولا يخرج بالوطء عن الكتابة . وقال الليث : إن طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قناً .

ولنا : أنه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالإجارة والبيع بعد لزومه ، فأما المهر فإنه يجب لها أكرهها أو طاوعته ، وبه قال الحسن والثورى والحسن بن صالح والشافعى . وقال قتادة : يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ، ونقله المزنى عن الشافعى ، لأن المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية . ومنصوص الشافعى وجوبه فى الحالين ، وأنكر أصحابه ما نقله المزنى وقالوا : لا يعرف . وقال مالك : لا شيء عليه لأنها ملكه .

ولنا : أنه عوض منفعتها ، فوجب لها كعوض بدنها ، ولأن المكاتبة فى يد نفسها ومنافعها لها ، ولهذا لو وطئها أجنبى كان المهر لها ، وإنما وجب فى حال المطاوعة ، لأن الحد يسقط عنه لشبهة الملك ، فوجب لها المهر ، كما لو وطىء امرأة بشبهة عقد مطاوعة ، فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الأول فللثانى مهر أيضاً ، لأن الأداء قطع حكم الوطء الأول ، وإذا لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد ، لأن هذا عن وطء الشبهة ، فلم يكن إلا مهراً واحداً كالوطء فى النكاح الفاسد .

٨٧٦٥ (فصل)

وإذا وجب لها المهر ، فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة ، وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً ، وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله .

---

[1] فى طبعة رشيد للمغنى ج ١٢ ص ٣٩١ والشرح الكبير نفس الصفحة وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٥١ « وإن كانا جاهلين عزراً وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل » وأرى أنه وقع تحريف هنا والصواب «وإن كانا جاهلين عذرا ـــ بالدال لا بالزاى ـــ وإن كان أحدهما عالما والآخر جاهلا عزر ـــ بالزاى ـــ العالم ، وعذر ـــ بالدال ـــ الجاهل» (ف) .

٨٧٦٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال :﴿ فإن علقت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد ، وبين المضي على كتابتها ، فإن أدت عتقت ، وإن عجزت عتقت بموته ، وإن مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ، ويسقط عنها ما بقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها ﴾ .

وجملته : أن السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر ، لأنه من مملوكته ونسبه لا حق به ، ولا تجب قيمته لذلك ، وتصير أم ولد له لذلك ، ولا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحكم : تبطل كتابتها ، لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير .

ولنا : أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة ، وما ذكروه يبطل بالتعليق بالصفة ، وتفارق الكتابة التدبير من وجوه :

أحدها : أن حكم التدبير والإستيلاد واحد ، وهو العتق عقيب الموت ، والاستيلاد أقوى لأنه يعتبر من رأس المال ، ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فاستغنى به عن التدبير ، والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها ، ويملك بها منافعها وكسبها ، وتخرج عن تصرف سيدها ، وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها .

الثاني : أن الكتابة أقوى من التدبير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا ببيع المكاتب ولا هبته .

الثالث : أن التدبير تبرع ، والكتابة عقد معاوضة لازم .

فإذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية ، فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به ، كما لو انفرد ، لأن انضمام أحدهما إلى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه ، فإن أدت عتقت بالكتابة ، وما فضل من كسبها فهو لها ، لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه ، وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفرداً ، كما لو لم تكن مكاتبة ، وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته ، وما في يدها لورثة سيدها .

وإذا مات سيدها قبـــل عجزها انعتقت لأنها أم ولد ، وتسقط الكتابة ، لأن الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها ، كما لو باشرها سيدها بالعتق ، وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب ، لأنها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة .

وقال القاضي في المجرد وابن عقيل في كتابه : ما فضل في يدها لها ، وهو قول الشافعي ، لأن المعتق إذا

وقع فى الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة ، ولأن ملكها كان ثابتاً على ما فى يدها ، ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها ، فيقتضى زوال حقه عما فى يدها ، وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك فى نفسها ، وهذا أصح والله أعلم .

٨٧٦٧ (فصـــل)

وإن أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها ، وما فى يدها لها فى قول القاضى ومن وافقه ، فأما على قول الخرقى ومن وافقه فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ، ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضاً ، لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضا منه بإعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد ، فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء . فمتى كان له غرض فى أخذ ماله إما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته ، وإما لغرض له فى بعض أعيان ماله أعتقه وأخذ ماله ، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع .

٨٧٦٨ (فصـــل)

وإن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها ، فله حكمها فى العتق بكل واحد من السببين ، أيهما سبق عتق به كالأم سواء ، لأنه تابع لها ، فيثبت له ما يثبت لها . وإن ماتت المكاتبة بقى للولد سبب الاستيلاد وحده . وإن اختلفا فى ولدها فقالت : ولدته بعد كتابتى أو بعد ولادتى ، وقال السيد: بل قبله ، فقال أبو بكر : القول قول السيد مع يمينه .

وهذا قول الشافعى ، لأن الأصل كون الأمَة وولدها رقيقاً ، لسيدهما التصرف فيهما ، وهى تدعى ما يمنع التصرف. وإن زوج مكاتبه أمَته ثم باعها منه واختلفا فى ولدها فقال السيد : هو لى لأنها ولدته قبل بيعها لك، وقال المكاتب : بل بعده ، فالقول قول المكاتب ، لأنهما اختلفا فى ملكه ويد المكاتب عليه ، فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال . ويفارق ولد المكاتبة لأنها لا تدعى ملكه .

٨٧٦٩ (فصـــل)

إذا كانت الأمَة بين شريكين ، فكاتباها ، ثم وطئها أحدهما أدّب فوق أدب الواطىء لمكاتبته الخالصة له ، لأن الوطء هاهنا حرم من وجهين : الشركة والكتابة ، فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر ، وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً ، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر ، فإذا حل نجمها سلمته إليهما . وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان فى يدها بقدره دفعته إلى الذى لم يطأها واحتسبت على الواطىء بالمهر ، وإن لم يكن فى يدها شىء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطىء نصفه وسلمته

إلى الآخر ، وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة ، فالحكم فيه كما لو كان من جنسها. وإن لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره . وإن عجزت فسخا الكتابة وكان فى يدها بقدر المهر أخذه الذى لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطىء .

وإن لم يكن فى يدها شىء كان للذى لم يطأ أن يرجع على الواطىء بنصفه ، لأنه وطىء جارية مشتركة بينهما . فإن حبلت منه صارت أم ولد له ، وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً أداه فى الحال ، وإن كان معسراً فهو فى ذمته ، هذا ظاهر كلام الخرقى ، ذكر مثل هذا فى باب العتق .

فعلى هذ تصير أم ولد للواطىء ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتها ، وتعتبر قيمتها بما تساوى مكاتبته مبقاة على ما بقى عليها من كتابتها .

واختار القاضى أنه إن كان معسراً لم يسر الإحبال، لأنه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليسار فى سرايته ، ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ، ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة فإن أدت إليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ، وإن عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث ، وإن كان موسراً لأنه ليس بمعتق .

وإن مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقى مكاتباً ، وإن كان الواطىء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم لاستيلاد ونصفها الآخر موقوف. فإن أدت إليهما عتقت كلها وولاؤها لهما ، وإن عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطىء ،فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له ، فإن مات عتقت عليه وكان ولاؤها له . وهذا مذهب الشافعى . وله قول آخر : أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة فى نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطىء . فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقى لأنه ملكه وعتق جميعها ، وإن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة ، فإذا مات عتقت كلها .

ولنا : أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك ، كما لو كان الشريك موسراً . يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به ،فيجب أن يثبت ذلك لجميعها . ويفارق الإعتاق ، فإنه أضعف على ما بينا من قبل .

ولنا : على أن الكتابة لاتبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهى فى ملكه ، وكما لو لم تحبل منه. فأما الولد فإنه حر لأنه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته ، لأنها وضعته فى ملكه .

وروى عن أحمد فى هذا روايتان :

إحداهما : لا تجب قيمته لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق ، وفى تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه .

والثانية : عليه نصف قيمته ، لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه ، فقد تلف رقه عليه ، فكان عليه نصف قيمته ، وقال القاضى : هذه الرواية أصح على المذهب . وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها إن وضعته بعد التقويم فلا شىء على الواطىء ، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته . فإن ادعى الواطىء الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد ، وكان حكم ولدها حكمها ، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به ، كما لو كان قبل الاستبراء ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء .

٨٧٧٠ (فصـــل)

وإن وطئاها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها ، فإن كانت فى الحالين على صفة واحدة فهما سواء فى الواجب عليهما ، وإن كانت بكراً حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب . فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين ، وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا فى المقاصة ، فإن أدت إليهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين ، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشىء ، لأنها قبضتهما وهى مستحقة لذلك ، فإن كانا فى يدها اقتسماها ، وإن تلفا أو بعضهما فلا شىء لهما ، لأن السيد لا يثبت له دَين على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة . وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه . وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التى أداها . وإن أفضاها[1] أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها ، لأن الإفضاء فى الحرة يوجب ثلث ديتها ، فوجب فى الأمَة ثلث قيمتها مع المهر .

٨٧٧١ (فصـــل)

ويحتمل أن يلزمه فى الإفضاء قدر نقصها ، وقال القاضى : تلزمه قيمتها ، وهو مذهب الشافعى . والخلاف فى ذلك فرع على الواجب فى إفضاء الحرة وقد ذكرناه . فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر

---

(١) الإفضاء : خرق الحاجز بين مسلك البول ومسلك الذكر فى المرأة بحيث يصبح المسلكان واحداً (ف)

بنصف قيمة الإفضاء ، على الخلاف الذى ذكرناه ، وإن ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه الذى أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء ، وإن نكل أحدهما قضى عليه ، وإن كان الخلاف فى ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه . وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى .

٨٧٧٢ (فصـــل)

فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما ، فعلى قول الخرقى تصير أم ولد له وولده حر لاحق النسب به . والخلاف فى ذلك كالخلاف فيما إذا انفرد بإيلادها سواء .

وأما الثانى : فعلى قول الخرقى قد وطىء أم ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير أم ولد له ، لأنها مملوكة غيره ، فأشبه ما لو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لها ، لأن الكتابة لم تبطل والولد حر لأنه من وطء شبهة ، وعليه قيمته للأول ، لأنه فوّت رقه عليه ، فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له ، حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة . وقد ذكرنا فى وجوب نصف قيمة الأول خلافاً .

فإن قلنا : بوجوبها تقاصا بما لكل واحد منهما على صاحبه فى القدر الذى تساويا فيه ، ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة ، لأنها أول حال أمكن التقويم فيها . وذكر القاضى فى هذه المسألة أربعة أحوال :

أحدها : أن يكونا موسرين ، فالحكم على ما ذكرنا ، إلا أنه جعل المهر الواجب على الثانى للأول . وهذا مذهب الشافعى . ولا يصح . لأن الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ، ومهر المكاتبة لها دون سيدها ، ولأن سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها ، فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها .

الثانى : أن يكون الأول موسراً والثانى معسراً ، فيكون كالحال الذى قبله سواء . قال القاضى : إلا أن ولده يكون مملوكاً لإعساره بقيمته وهذا غير صحيح ، لأن الولد لا يرق لإعسار والده ، بدليل ولد المغرور من أمَة والوطء بشبهة . وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالإعسار واليسار ، وإنما يعتبر اليسار فى سراية العتق ، وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة فى الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه ، والصحيح أنه حر وتجب قيمته فى ذمة أبيه .

الحال الثالث : أن يكونا معسرين ، فإنها تصير أم ولد لهما جميعاً نصفها أم ولد للأول ، ونصفها أم ولد للثانى ، قال : وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه . وفى ولد كل واحد منهما وجهان :

أحدهما : أن يكون كله حراً وفى ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه .

والثانى : نصفه حر وباقيه عبد لشريكه ، إلا أن نصف ولد الأول عبد قن ، لأنه تابع للنصف الباقى من الأم ، وأما النصف الباقى من ولد الثانى فحكمه حكم أمه ، لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للأول ، فكان نصفه الرقيق تابعاً لها فى ذلك . ولعل القاضى أراد ما إذا عجزت وفسخت الكتابة . فأما إذا كانت باقية على الكتابة فإن لها المهر كاملا على كل واحد منهما . وإذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها فى الكتابة ، لأن ولد المكاتبة يكون تابعاً لها .

الحال الرابع : أن يكون الأول معسراً والثانى موسراً ، فحكمه حكم الثالث سواء ، إلا أن ولد الثانى حر ، لأن الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر ، فسرى إلى جميعه ، وعليه نصف قيمته لشريكه ، ولم تقوّم عليه الأم لأن نصفها أم ولد للأول . ولو صح هذا لوجب أن لا يقوّم عليه نصف الولد ، لأن حكمه حكم أمه فى هذا ، فإذا منع حكم الاستيلاد السراية فى الأم منعه فيما هو تابع لها . ومذهب الشافعى فى هذه المسألة قريب مما ذكر القاضى .

٨٧٧٣ (فصـــل)

وإن اختلفا فى السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق ، فعلى قولنا : لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية ، لأنه يقول : صارت أم ولد لى بإحبالى إياها ، ووجب لشريكى علىّ نصف قيمتها ، ولى عليه قيمة ولده ، لأنه يقول : أولدتها بعد أن صارت أم ولد لى . وهل يكون مقراً له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين ، سبق ذكرهما . فعلى هذا إن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ، ولا يمين لواحد منهما على صاحبه ، لأنه يقول : لى عليك مثل مالك علىّ والجنس واحد فتساقطا . وإن زاد ما يقر به فلا شىء عليه ، لأن خصمه يكذبه فى إقراره ، وإن زاد مايدعيه فله اليمين على صاحبه فى الزيادة ، ويثبت للأمَة حكم العتق فى نصيب كل واحد منهما بموته لإقراره بذلك ، ولا يقبل قوله على شريكه فى إعتاق نصيبه .

وقال أبو بكر : فى الأمة قولان :

أحدهما : يقرع بينهما ، فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له .

والثانى : تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما . قال : وبالأول أقول .

وأما القاضى فاختار أنهما كانا موسرين فكل واحد منهما يدعى المهر على صاحبه ويقر له بنصفه ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شىء منها بموت الأول ، لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر . وأما إذا مات الآخر عتقت ، لأن سيدها قد مات يقيناً . وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ويصدقه الآخر ، لأن الاستيلاد لا يسرى مع الإعسار ، وكل واحد منهما

يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه فيتقاصان إن تساويا . وإن فضل أحدهما صاحبه نظرت ، فإن كان كل منهما يدّعى الفضل تحالفا وسقط ، وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفى الولد وجهان :

أحدهما : يكون حراً ، فيكون كل واحد منهما يدّعى على الآخر نصف قيمة الولد .

والوجه الثانى : نصفه حر ، فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه ، فيكون الولدان بينهما من غير يمين . وعلى الوجه الأول يتقاصان إن تساوت قيمة الولدين ، ولا يمين فى الموضعين ، فأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له . وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ، ويدعى عليه جميع المهر وقيمة الولد . والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ، فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية ، لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ، ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ، ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ، ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة ، لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ، ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذى ادعاه المعسر عليه .

فأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه ، وباقيها يتنازعانه ، فإن مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته ، فإذا مات المعسر عتق باقيها ، وإن مات المعسر أولا لم يعتق منها شىء . فإذا مات الموسر عتق جميعها ، ويجىء على قول أبى بكر أن يقرع بينهما فى النصف المختلف فيه .

٨٧٧٤ (فصـــــل)

فإن وطئاها معاً فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، مثل أن تأتى به بعد استبرائها منهما ، أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما ، أو قبل مضى ستة أشهر منذ وطئها كل واحد منهما ، فإن الولد منفى عنهما وهو مملوك لهما ، حكمه حكم أمه فى العتق بأدائها ، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قُبل منه ، لأن دعوى الاستبراء فى الأمَة كاللعان فى الحرة .

القسم الثانى : أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه ، من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف فى ذلك . وأما الذى لم تحبل من وطئه فإن كان الأول فعليه المهر لها ، وإن كان هو الثانى فقد وطىء أم ولد غيره . فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً . وإن كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذى استولدها ، وقد وجب للثانى على الأول نصف قيمتها ، وفى قيمة نصف الولد روايتان ، فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين ، وإن كان المهر لها

رجع بحقه على الذى أحبلها . وأما القاضى فقال فى هذا القسم : الحكم فى الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل والتطويل .

وأما الثانى : فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا ، فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها ، فإن كان فسخ الكتابة فى حق نفسه لعجزها فالمهر له ، لأنها أم ولده ، وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين . وإن وطئها بعد زوال الكتابة فى حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد الأول سقط عنه نصف مهرها ، لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة ، أو له إن كان فسخ . وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران . والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم . فأما إن كان الولد من الثانى فالحكم فى وطء الأول كالحكم فيه إذا وطىء منفرداً فلم يحبلها .

وأما الثانى : فإن كان موسراً قوّم عليه نصيب شريكه عند العجز ، فان فسخا الكتابة قوّمناها عليه وصارت أم ولد له . وإن رضى الثانى بالمقام على الكتابة قوّمنا عليه نصيب الأول ، وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ، ويرجع الأول على الثانى بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ، ويرجع الثانى على الأول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقياً عليهما . وإن كان الثانى معسراً فالحكم فيه كما لو ولدت من الأول وكان معسراً لا فصل بين المسألتين .

القسم الثالث : أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما ، فإنه يرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما ، فمن ألحق به فحكمه حكم مالو عرف أنه منه بغير قافة .

٨٧٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كاتب نصف عبد فأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة إن كان الذى كاتبه معسراً ، وإن كان موسراً، عتق عليه كله ، وصار نصف قيمته على الذى كاتبه لشريكه ﴾

وجملته:أن الرجل إذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه ، سواء كان باقيه حراً أو مملوكا لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن . هذا ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر وقول الحكم وابن أبى ليلى، وحكى ذلك عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعنبرى ، وكره الثورى وحماد كتابته بغير إذن شريكه .

وقال الثورى : إن فعل رددته إلا أن يكون نقده فيضمن لشريكه نصف مافى يده . وقال أبو حنيفة : تصح بإذن الشريك ولا تصح بغير إذنه ، وهذا أحد قولى الشافعى ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذنه فيما مضى

فى ذلك يقتضى الإذن فى تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ، ولا يرجع الآذن بشىء منه . وقال أبو يوسف ومحمد : يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعى فى أحد قوليه : إن كان باقيه حراً صحت كتابته ، وإن كان باقيه مالكا لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك أم لم يإذن ، لأن كتابته تقتضى إطلاقه فى رد الكسب والمسافرة وملك نصفه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيؤدى إلى أن يؤدى نصف كتابته ويعتق جميعه .

ولنا : أنه عقد معاوضة على الصفة فصح كبيعه ، ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ، ولأنه ينفذ إعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل ، وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعى ، أو أذن فيه الشريك عند الباقين .

وقولهم : إنه يقتضى المسافرة والكسب وأخذ الصدقة .

قلنا : أما المسافرة فليست من المقتضيات الأصلية ، فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد . وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه ، وأخذه الصدقة بجزئه بالمكاتبة . ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ، ولا حق للشريك فيه ، فكذلك فيما حصل به ، كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر . وأما الكسب فإن هايأه مالك نصفه فكسب فى نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً ، وإن لم يهايئه فكسب بجملته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقى ، لأنه كسبه بجزئه المملوك فيه ، فأشبه مالو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم : إنه يفضى إلى أن يؤدى بعض الكتابة فيعتق جميعه

قلنا : يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال ، فإنه يؤدى عوض البعض ويعتق الجميع . على أننا نقول : لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة ، فإن جميع الكتابة هو الذى كاتبه عليه مالك نصفه ، ولم يبق منها شىء فلا يعتق حتى يؤدى جميعها ، ولأنه لا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكاتب لا غير ، وباقيه إن كان المكاتب معسراً لم يعتق وإن كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه، فإذا جاز جميعه بإعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق .

إذا ثبت هذا فإنه إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذى كاتبه، لأن الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع . وليس للعبد أن يؤدى إلى مكاتبه شيئاً حتى يؤدى إلى شريكه مثله، سواء أذن الشريك فى كتابته أو لم يأذن ، لأنه إنما أذن فى كتابة نصيبه ، وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضى أن يكون معروفاً فى الكتابة . هذا إذا كان الكسب بجميعه . فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق ، لأن

الـكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له ، وإن أدى إليهما جميعاً عتق كله ، لأن نصفه يعتق بالأداء ، فإذا عتق سرى إلى سائره وإن كان الذى كاتبه موسراً،لأن عتقه يسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق ، أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ، ويرجع الشريك على المـكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق .

فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئه المـكاتب ، مثل أن هايأه سيده فـكسب شيئاً فى نوبته ، أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره ، فلا حق لسيده فيه ، وله أداء جميعه فى كتابته ، لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الـكتابة ، فأشبه النصف الباقى بعد إعطاء الشريك حقه .

فلو كان ثلثه حراً ، وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً ، فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المـكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله فى كتابته لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه ، فلا يستحق مالـكه منه شيئاً. وإذا أدى جميع كتابته عتق ، فإذا كان الذى كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه ، كما إذا واجهه بالعتق ، إلا على الرواية التى نقول فيها بالاستسعاء ، فإنه يستسعى فى نصيب الذى لم يـكاتب ، وإن كان موسراً سرى إلى باقيه .

٨٧٧٦ (فصـــــــل)

وإذا كان العبد كله ملـكا لرجل فـكاتب بعضه جاز ، قاله أبو بكر، لأنها معاوضة فصحت فى بعضه كالبيع ، فإذا أدى جميع كتابته عتق كله ،لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فإلى ملـكه أولى . ويجب أن يؤدى إلى سيده مثلى كتابته ،لأن نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدى فى الـكتابة ، إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع فى الـكتابة فيصح . وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالـكتابة وباقيه بالسراية .

٨٧٧٧ (فصـــــل)

وإذا كان العبد لرجلين فـكاتباه معاً جاز ، سواء تساويا فى العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا،وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يجوز أن يتفاضلا فى المال مع التساوى فى الملك ، ولأن التساوى فى المال منع التفاضل فى الملك ، لأن ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملـكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك .

ولنا : أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة ،فجاز أن يختلفا فى العوض كالبيع ، وما ذكروه لا يلزم ، لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز ، وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدى إليهما على التساوى ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على

قدر الملكين ، لم يكن أحدهما منتفعاً إلا بما يقابل ملكه ، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل .

فإن قيل : فالتساوى فى الملك يقتضى التساوى فى أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته .

قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ، ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة فى نجمين فى كل نجم خمسون ، ويكاتب الآخر على مائتين فى نجمين ، فى النجم الأول خمسون ، وفى الثانى مائة وخمسون، ويكون وقتهما واحداً[1] ، فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه. على أن أصحابنا قالوا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكاتباً . فعلى هذا القول لا يفضى إلى ما ذكروه ، على أنه وإن قدّر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا يخلّ بمقصود الكتابة وهو العتق بها ، ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلى قيمته ، فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقى المال وحصل له ولاء العبد ، ولا ضرر فى هذا .

ثم لو كان فيه ضرر لكن قد رضى به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه ، والضرر المرضى به من جهة المضرور لا عبرة به ، كما لو باشره بالعتق ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز ، فهذا أولى بالجواز ، ولا يجوز أن يختلفا فى التنجيم ولا فى أن يكون لأحدهما فى النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر فى أحد الوجهين ، لأنه لا يجوز أن يؤدى إليهما إلا على السواء ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما فى ميقات النجوم ، وقدر المؤدى فيهما يفضى إلى ذلك .

والثانى : يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ، ويعطى من قلّ نجمه أكثر من الواجب له ، ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ، ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه . وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الإفضاء إليه .

٨٧٧٨ (فصــــل)

وليس المكاتب أن يؤدى إلى أحدهما أكثر من الآخر ، ولا يقدم أحدهما على الآخر . ذكره القاضى . وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه خلافاً لأنهما سواء فيه فيستويان فى كسبه ، وحقهما متعلق

(١) (واحد) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٠ والفقى ج ٩ ص ٤٦٥ والصواب (واحداً) بالنصب خبر (يكون) (ف)

بما فى يده تعلقاً واحداً ، فلم يكن له أن يخص أحدهما بشىء منه دون الآخر ، ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق ويتساويان فى كسبه ، فيرجع أحدهما على الآخر بما فى يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة .

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض ، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن فى القبض ، وإن أذن فيه ففيه وجهان ، ذكرهما أبو بكر :

أحدهما: يصح ، لأن المنع لحقه فجاز باذنه ، كما لو أذن المرتهن للراهن فى التصرف فيه ، أو أذن البائع للمشترى فى قبض البيع قبل توفية ثمنه ، أو أذنا للمكاتب فى التبرع ، ولأنهما لو أذنا له فى الصدقة بشىء صح قبض المتصدق عليه له كذلك هاهنا .

والثانى : لا يجوز ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى واختيار المزنى ، لأن ما فى يد المكاتب ملك له ، فلا ينفذ إذن غيره فيه وإنما حق سيده فى ذمته ، الأول أصح إن شاء الله تعالى ، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم ، فاذا اتفقوا على شىء فلا وجه للمنع .

وقولهم : إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه ، لأن كونه ملكاً له يقتضى جواز تصرفه فيه على حسب اختياره ، وإنما المنع لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن زال المانع ، فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل .

فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ، ويسرى العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لأن عتقه بسببه ، هذا قول الخرقى ، ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقى عليه من كتابته،وولاؤه كله له ، وما فى يده من المال الذى لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه ، والباقى بين العبد وبين سيده الذى عتق عليه ، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية ، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقى كله للعبد ، لأن الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء .

وقال أبو بكر والقاضى : لا يسرى العتق فى الحال ، وإنما يسرى عند عجزه ، فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة ، فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما ، وما بقى فى يده من كسبه فهو له ، وإن عجز وفسخت كتابته قوّم على الذى أدى إليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة فى نصفه ، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ،ولسيده الذى لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثل ما أخذ شريكه من مال الكتابة ، وله نصف ما يبقى والباقى لورثة العبد ، فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذى أدى إليه بالولاء .

وإن قلنا : لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب ، لأنه

لم يستوف عوضه ، ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير إذنه سواء ، وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً .

وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ، ويستوفى الذى لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقى بينهما .

قال أحمد فى رواية ابن منصور فى عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كلما كسب العبد فى كتابته فهو بينهما ، ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما ، قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال .

٨٧٧٩ (فصـــــل)

وإن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه ، وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قناً ونصفه مكاتباً ، وقال القاضى : تنفسخ الكتابة فى جميعه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الكتابة لو بقيت فى نصفه لعاد ملك الذى فسخ الكتابة إليه ناقصاً .

ولنا : أنها كتابة فى ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر ، كما لو انفرد بكتابته ، ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع ، لأنه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك فى نصيبه فلم يمنع كإعتاق الشريك ، ولأن من أصلنا أنه تصح مكاتبة أحدهما نصيبه ، فإذا لم يمنع العقد فى ابتدائه فلأن[1] يبطل فى دوامه أولى ، ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ولأن فى فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده ، وليس دفع الضرر عن الشريك الذى فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذى لم يفسخ ، بل دفع الضرر عن الذى لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن ضرر الذى فسخ حصل ضمناً ابقاء عقد شريكه فى ملك نفسه ، وضرر شريكه يزول[2] عقده وفسخ تصرفه فى ملكه .

والثانى : أن ضرر الذى فسخ لم يعتبره الشرع فى موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ، ولا يعرف

---

(١) (فلأن يبطل فى دوامه) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٤ والفقى ج ٩ ص ٤٦٧ لكن فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٦٢ (فلأن لا يبطله فى دوامه) وهذا هو الصواب (ف)

(٢) (يزول عقده) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤١٤ والفقى ٩ / ٤٩٧ لكن فى الشرح الكبير ١٢ / ٤٦٢ (يزول بزوال عقده) وهو الصواب (ف)

له نظير ، فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التى وقع الإجماع على اطراحها ، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر فى سائر عقوده من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى .

الثالث : أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً بائنين ، وضرر الفاسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوى الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ، ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح .

٨٧٨٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتق المكاتب استقبل بما فى يده من المال حولا ، ثم زكاه إن كان نصاباً ﴾ .

وجملته : أن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعلمه ، فإذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ ، فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق ، فإذا تم الحول وجبت الزكاة إن كان نصاباً ، وإن لم يكن نصاباً فلا شىء فيه ، ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفى يده مال زكوى يبلغ نصاباً ، فإنه يستقبل به حولا من حين أسلم ، لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة ، وكذلك العبد إذا عتق وفى يده مال أبقاه له سيده .

٨٧٨١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، وعاد عبداً غير مكاتب ﴾ .

وجملته : أن الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعلمه ، وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ، لأنه إنما ثبت فى العقد مؤجلا ، وإذا حل النجم فللسيد مطالبته بما حل من نجومه ، لأنه دَين له حَلّ ، فأشبه دَينه على الأجنبى ، وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً عنه ، لأنه حق له سمح بتأخيره أشبه دَينه على الأجنبى . فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحال أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الأول ، فإن أجّله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك ، لأن الدَّين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض ، وإن حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستنابة[1] ، فعل ذلك ابن عمر ، وهو قول شريح والنخعى وأبى حنيفة والشافعى . وقال ابن أبى ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض ، وحكى نحو هذا عن مالك ، وقال الحسن : إذا عجز استؤنى بعد العجز سنتين وقال الأوزاعى : شهرين ونحو ذلك .

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٦ والفقى ج ٩ ص ٤٦٩ (ولا تلزمه الاستنابة) وفى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٣٦ (ولا يلزمه الاستيناء به) والصواب (ولا يلزمه الاستئناء به) و (الاستئناء) مصدر (استأنى) يقال : استأنى الرجل به : ترفق به وتأنى عليه ولم يعجله (ف)

ولنا : ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده إلى الرق ، وبإسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال : إني قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده .

وروى عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً ، فقال له : أنا عاجز ، فقال له : امح كتابتك ، فقال : امح أنت .

وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق »[1] .

ولأنه عقد عجز عن عوضه فملك مستحقه فسخه كالسلم إذا تعذر المسلم فيه ، ولأنه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد .

فإن قيل : فلِمَ كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟

قلنا : هي لازمة من جهة الطرفين ، ولا يملك العبد فسخها بحال ، وإنما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب ، وإنما كان له ذلك لوجهين :

أحدهما : أن الكتابة تتضمن إعتاقاً بصفة ، ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك إبطالها ، ويلزم وقوع العتق بالصفة ، ولا يلزم العبد الإتيان بالصفة ولا يجبر عليها .

الثاني : أن الكتابة لحظ العبد دون سيده ، وكان العقد لازماً لمن ألزم نفسه حظ غيره ، وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً ، أو كفل له ، أو رهن عنده رهناً .

٨٧٨٢ (فصـــــل)

فأما إن حل نجم واحد فعجز عن أدائه ، فظاهر كلام الخرقي أنه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهما ، وهي إحدى الروايتين عن أحمد ، قال القاضي : وهو ظاهر كلام أصحابنا . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وأبي يوسف والحسن بن صالح .

وقال ابن أبي موسى : وروى عن أحمد أنه لا يعود رقيقاً حتى يقول : قد عجزت ، وقيل عنه : إذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي .

والرواية الثانية : أنه إذا عجز عن نجم واحـــــد فلسيده فسخ الكتابة ، وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة والشافعي ، لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع إليه

---

(١) أخرجه بنحوه أحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم عن عبد الله بن عمرو (ف)

المال فى نجومه ، فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأنه عجز عن أداء النجم فى وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير .

ولنا : ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « لا يرد[1] المكاتب فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان » ولأن ما بين النجمين محل لأداء الأول ، فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثانى .

٨٧٨٣ (فصـــل)

وإذا حل النجم وماله حاضر عنده طولب بأدائه ، ولم يجز الفسخ قبل الطلب ، كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب . فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس فى ناحية من نواحى البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن إحضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتى به إذا طلب الإمهال ، لأن هذا يسير لا ضرر فيه ، وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الإمهال ليبيعه بجنس مال الكتابة فطلب الإمهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل ، وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الإمهال ، وهذا قول الشافعى .

وقال أبو حنيفة . إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤنى يومين وثلاثة لا أزيده على ذلك ، لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها فى حد الكثرة ، وهذا كله قريب بعضه من بعض .

فأما إذا كان قادراً على الأداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه وقال : قد عجزت ، فقال الشريف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين : يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : إذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، فعلق جواز الفسخ على عدم الأداء ، وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والأوزاعى، وقد ذكرنا هذا[2] فيما تقدم . فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ففيه رواية أخرى أنه يصير حراً بملك ما يؤدى وقد سبق ذكرها .

---

(١) أخرج ابن أبى شيبة بسنده عن على قال : إذا تتابع على المكاتب نجمان رد فلم يؤد نجومه رد إلى الرق » (ف)

(٢) مر فى كتاب البيع وقد صرح بهذا الشرح الكبير ١٢ / ٤٣٨ ونص كلامه « وقال أبو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبى حنيفة ومالك والأوزاعى وقد ذكر ذلك فى كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حراً بملك ما يؤدى وقد ذكرناها » (ف)

٨٧٨٤ (فصـــــل)

وإذا حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ . وإن كان سافر بإذنه لم يكن له أن يفسخ ، لأنه أذن فى السفر المانع من الأداء ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم [ويثبت عنده[١] حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم إلى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداء المال كتب بذلك إلى الحاكم الكاتب[٢]] ليجعل للسيد فسخ الكتابة . وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك ، فإن فعله فى أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ .

فإن وكل السيد فى بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع إليه ، فإن امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ . وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد وكالته . وإن لم يثبت ذلك لم يلزم للمكاتب الدفع إليه ، وكان له عذر يمنع جواز الفسخ ، لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدقه فى أنه وكيل أو كذبه .

وإن كتب حاكم البلد الذى فيه السيد إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك ، لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه ، فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد ، فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ، ومتى قبض منه المال عتق .

٨٧٨٥ (فصـــــل)

قال : وإذا دفع العوض فى الكتابة فبان مستحقاً تبين أنه لم يعتق ، وكان هذا الدفع كعدمه ، لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له : إن أديت الآن وإلا فسخت كتابتك . وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبداً ، فإن بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت ، فإن كان قد رضى بذلك وأمسكها استقر العتق .

فإن قيل : كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فإن ما يقابل العيب لم يقبضه ، فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة .

---

(١) ما بين الحاصرين ساقط من الشرح الكبير ١٢/٤٣٨ (ف)

(٢) قوله (الكاتب) هـ ـ كذا فى المغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤١٩ والأفق ج ٩ ص ٤٧١ ويبدو أنها محرفة والأصل (المكاتب) (ف)

قلنا : إمساكه المعيب راضياً به رضاً منه بإسقاط حقه ، فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته . وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك . قال أبو بكر : وقياس قول أحمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش ، لأن العتق إتلاف واستهلاك ، فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ، ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع .

وقال القاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع ، لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع ، وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع ، ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك . وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه ، كما لو بان العوض مستحقاً ، وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ، ولو قال السيد لعبده : إن أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك ، لأن معناه إن أعطيته[1] ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه .

٨٧٨٦ (فصل)

وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك ، لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء ، ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه ، لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

٨٧٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا ﴾ .

وجملته : أن ما يأخذه من نجوم كتابته كمال استفادَهُ بكسب أو غيره فيملكُهُ بأخذه ويستقبل به حولا ، لأنه لا يملك ما في يد مكاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدَّين الذي على المكاتب ، لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي .

٨٧٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته ؛ فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه ﴾

---

(١) قوله (إن أعطيته) هكذا في المغني طبعة رشيد ١٢ / ٤٢١ والمقنع ٤٧٢/٩ لكن في الشرح الكبير ١٢ / ٣٦٧ (إن أعطيتنيه) وهو الأولى (ف)

وجملة ذلك : أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ، ويؤدى من المال الذى فى يده، وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والأوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور . وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار : جنايته على سيده . قال عطاء : ويرجع سيده بها عليه . وقال الزهرى : إذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يفديه سيده .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يجنى[1] جان إلا على نفسه » ولأنها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كالقن .

إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة ، سواء حل عليه نجم أو لم يحل ، وهذا المنصوص عليه عن أحمد والمعمول به فى المذهب . وذكر أبو بكر قولا آخر أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته ، لأنهما دينان فيتحاصان كسائر الديون .

ولنا : أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ، ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما ، فوجب أن يقدم هاهنا .

يحققه أن أرش جنايته مقدم على ملك السيد فى عبده، فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى ، لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر ، فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى ، لأن أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التى ليست مستقرة .

إذا ثبت هذا فإنه يفدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها ، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته، لأنه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذى تعلق به الأرش . فإن بدأ بدفع المال إلى ولى الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما بقى من أرش الجناية وباقيه باق على كتابته . وإن اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركاً بين السيد وبين المشترى . فإن أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويقوم عليه، وإن كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق . وإن لم يكن فى يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته . وإن بدأ بدفع المال إلى سيده نظرنا ، فإن كان ولى الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه ، وكان النظر فيه إلى الحاكم ، فلا يصح دفعه إلى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه إلى ولى الجناية ، فإن وفى وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل . وإن لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه إلى سيده ، لأنه يقضى حقاً عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه . ثم إن كان ما دفعه إليه جميع مال الكتابة عتق ويكون

(١) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة عن عمرو بن الأحوص من خطبته يوم الحج الأكبر (ف)

الأرش فى ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية. وإن أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك ، لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كما لو قتله ، وإن عجز ففسخ السيد كتابته فداه أيضاً بما ذكرناه. وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعنى روايتين :

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين .

والثانية : يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت .

٨٧٨٩ (فصل)

وإذا جنى المكاتب جنايات تعلقت برقبته ، واستوى الأول والآخر فى الاستيفاء ولم يقدم الأول على الثانى ، لأنها تعلقت بمحل واحد ، وكذا إن كان بعضها فى حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهى سواء ، ويتعلق جميعها بالرقبة . فإن كان فيها ما يوجب القصاص فلولى الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين ، وإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال ، فإن أبرأه بعضهم استوفى الباقون ، لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد ، فإذا اجتمعوا تزاحموا ، فإذا أبرأه بعضهم سقط حقه وزاحم الباقون كما لو انفردوا كما فى الوصايا ، وإن أدى وعتق فالضمان عليه ، وإن أعتقه سيده فالضمان عليه ، وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الأمرين كما ذكرنا فى الجناية الواحدة ، ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قناً بيع وتحاصوا فى ثمنه ، كذلك ههنا . فأما إن عجزه سيده فعاد قناً خير بين فدائه وتسليمه ، فإن اختار فداءه ففيه روايتان :

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله .

والثانية : يلزمه أرش الجنايات كلها بالغة ما بلغت ، لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه فكان عليه جميع الأرش ، ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله ، لأن المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق ، وههنا يمكن تسليمه وبيعه .

وإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه روايتان :

إحداهما : يفدى نفسه بأقل الأمرين .

والثانى : بأرش الجنايات بالغة ما بلغت ، لأن محل الأرش قائم غير تالف ، ويمكن تعجيز نفسه فى كل جناية يباع فيها فأشبه ما لو عجزه سيده .

٨٧٩٠ (فصـــل)

وإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها ، فإن كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده القن ، لأن القصاص يجب المزجر فيحتاج إليه العبد فى حق سيده ، وإن عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له ، لأن المكاتب مع سيده كالأجنبى ، يصح أن يبايعه ويثبت له فى ذمته المال والحقوق ، كذلك الجناية ، ويفدى نفسه بأقل الأمرين فى إحدى الروايتين ، والأخرى يفديها بأرش الجناية بالغة ما بلغت .

فإن وفى مافى يده بما عليه فلسيده مطالبته به وأخذه ، وإن لم يف به فلسيده تعجيزه ، فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية ، لأنه عاد عبداً قناً ، ولا يثبت للسيد على عبده القن مال ، وإن أعتقه سيده ولا مال فى يده سقط الأرش ، لأنه كان متعلقاً برقبته وقد أتلفها فسقط ، وإن كان فى يده مال لم يسقط ، لأن الحق كان متعلقاً بالذمة وما فى يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة بقى الحق متعلقاً بالمال فاستوفى منه كما لو عتق بالأداء ، وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين . ويستحق السيد مطالبته بأرش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل فى حق الأجنبى . وإن اختار تأخير الأرش والبداية بقبض مال الكتابة جاز . ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله . وقال أبو بكر لا : يعتق بالأداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة .

ولنا : أن الحقين جميعاً للسيد ، فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل أرش الجناية فى حق الأجنبى عتق ، ففى حق السيد أولى ، ولأن أرش الجناية لا يلزم أداؤه قبل اندمال الجرح ، فيمكن تقدم وجوب الأداء عليه .

فإذا ثبت هذا ، فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية ، سواء كان فى يده مال أو لم يكن ، لأن عتقه بسبب من جهته ، فلم يسقط ما عليه ، بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه أتلف محل حقه ، وهاهنا بخلافه . وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش ؟ على وجهين .

وإن كانت جنايته على نفس سيده ، فلورثته القصاص فى العمد أو العفو على مال ، وفى الخطأ المال ، وفيما يفدى به نفسه روايتان . وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه ، لأن الكتابة انتقلت إليهم والعبد لو عاد قناً لكان لهم ، وإن جنى على موروث سيده ، فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى .

٨٧٩١ (فصـــل)

وإن اجتمع على المكاتب أرش جناية وثمن مبيع ، أو عوض قرض ، أو غيرهما من الديون مع مال

الكتابة وفى يده مال يفى بها ، فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر . وإن لم يف بها ما فى يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر ، وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز ، لأن تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالهبة ، وإن كان بإذن سيده جاز كالهبة .

وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه . وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم ، وإنما يحجر عليه بسؤالهم . فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح ، لأن الحق لهم ولا يستوفى بغير إذنهم ، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك ؛ لأن حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله . فإذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضى : عندى أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوى بينهما ، ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة ، لأن أرش الجناية محل الرقبة ، فإذا لم يحصل مما فى يده استوفى من رقبته ، وهذا مذهب الشافعى ، واتفق أصحابنا والشافعى على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة على ما مضى بيانه .

٨٧٩٢ (فصــــل)

وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص ، فللمجنى عليه الخيار بين القصاص والمال ، فإن اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته ، وللمكاتب فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه بمنزلة شرائه ، وليس له فداؤه بأكثر من قيمته ، كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده . فإن كان الأرش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه ، لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الأرش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الأمرين ؟ على روايتين .

٨٧٩٣ (فصــــل)

فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم ، أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق أرشها برقبته ، وللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده .

وقال القاضى فى المجرد : ليس له فداؤه بغير إذنه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه إتلاف لماله ، فإن ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم ، فلم يجز له إخراج ماله فى مقابلتهم ، ولأن شراءهم كالتبرع ، ويفارق العبد الأجنبى ، فإنه ينتفع به وله صرفه فى كتابته ، فكان له فداؤه وشراؤه كسائر الأموال . لكن إن كان لهذا الجانى كسب فدى منه ، وإن لم يكن له كسب بيع فى الجناية إن استغرقت قيمته ، وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها ، وما بقى للمكاتب .

ولنا : أنه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ، ولا نسلم أنه لا يملك شراءه .

وقولهم : لا يتصرف فيه .

قلنا : إلا أن كسبه له، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاً معه لسيده ، وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب . وإذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه ، وفارق التبرع ، فإنه يفوت المال على السيد .

فإن قيل : بل فيه مضرة ، وهو منعه من أداء الكتابة ، فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها .

قلنا : هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه ، بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه ، أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه، فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء، فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي إليه، ولأن غاية الضرر في هذا المنع من إتمام الكتابة ، وليس إتمامها واجباً عليه ، فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين :

أحدهما : أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له .

والثاني : أن فيه نفعاً للمكاتب بإعتاق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالإعتاق على تقدير الأداء ، فإذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه ، فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لإحدى الجهتين أولى . وولد المكاتبة يدخل في كتابتها ، والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء .

٨٧٩٤ (فصـــــل)

وإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم ، لأنه لا يجب للسيد على عبده مال ، وإن كان موجبها قصاصاً فقال أبو بكر : ليس له القصاص ، لأنه إتلاف لماله باختياره ، وهذا الذي ذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل .

وقال القاضي : له القصاص ، لأنه من مصلحة ملكه ؛ فإنه لو لم يستوفه أفضى إلى إقدام بعضهم على بعض ، وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه في أرش الجناية ، لأن الأرش لا يثبت له في رقبة عبده . فان كان الجاني من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك .

وقال أصحاب الشافعي : يجوز بيعه في أحد الوجهين ، لأنه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا : أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبي ، وما ذكروه ينتقض بالرهن إذا جنى على راهنه .

٨٧٩٥ (فصـــــل)

وإن جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا .

وإن كان موجبها القصاص ، فله أن يقتص إن كان فيما دون النفس ، لأن العبد يقتص منه لسيده ،

وإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال . فإن كان الجانى أباه لم يقتص منه ، لأن الوالد لا يقتل بولده ، وإن جنى المكاتب عليه لم يقتص منه ، لأن السيد لا يقتص منه لعبده .

وقال القاضي : فيه وجه آخر أنه يقتص منه ، لأن حكم الأب معه حكم الأحرار ، بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه ، وجعلت حريته موقوفة على حريته . قال : ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع .

٨٧٩٦ (فصل)

وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان :

أحدها : أن كسبه له ، وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه .

والثاني : أن المكاتبة تستحق المهر فى النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو .

والثالث : أن السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبة ، فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ، ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون الجانى سيده فلا قصاص عليه لمعنيين:

أحدهما : أنه حر ، والمكاتب عبد .

والثاني : أنه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ، ولكن يجب الأرش ولا يجب إلا باندمال الجرح على ما ذكرنا فى الجنايات ، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه .

فإذا ثبت هذا : فإنه إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة ، وكان الحكم فيه كما لو قتله، وإن اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده ، فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا ، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ، ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه . وإن اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز ، لأنه بيع دَين بدَين ، فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن حقه جاز ، وإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة .

الحال الثانية : إذا كان الجانى أجنبياً حراً فلا قصاص أيضاً ، لأن الحر لا يقتل بالعبد ، ولكن ينظر ، إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجانى قيمته لسيده ، وإن اندمل الجرح فعليه أرشه له ، فإن أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح إلى نفسه وجبت ديته ، لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته ، فإن كان الجانى السيد أو غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً ، لأن القاتل لا يرث ،

ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجانى قيمته ، ويكون لورثته أيضاً .

الحال الثالث : إذا كان الجانى عبداً أو مكاتباً ، فإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس ، انفسخت الكتابة ، وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجانى ، ، وإن كانت فيما دون النفس ، مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه . وإن عفا على مال ثبت له ، وإن عفا مطلقاً أو إلى غير مال انبنى ذلك على الروايتين فى موجب العمد إن قلنا:موجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال ، وليس للسيد مطالبته باشتراط مال ، لأن ذلك تكسب ولا يملك السيد إجباره على الكسب . وإن قلنا : الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح ، لأنه لما سقط القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال ، لأنه لا يملك التبرع به بغير إذن سيده وإن صالح على بعض الأرش فحكمه حكم العفو إلى غير مال .

٨٧٩٧ (فصل)

وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ، ولم يكن ملك ما يؤدى فى كتابته ، انفسخت كتابته وسقط أرش الجنايات ، لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفى دَينه مما كان فى يده ، فإن لم يف بها سقط الباقى .

قال أحمد : ليس على سيده قضاء دَينه هذا كان يسعى لنفسه ، وإن كان قد ملك ما يؤدى فى كتابته انبنى ذلك على الروايتين فى عتق المكاتب بملك ما يؤديه ، وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدَّين على ما ذكرنا فى الحال الأول، وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبى الزناد ويحيى الأنصارى وربيعة والأوزاعى وأبى حنيفة والشافعى .

والرواية الثانية : أنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً ، فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه .

وروى نحو هذا : عن شريح والنخعى والشعبى والحكم وحماد وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صالح لأنه دَين له حال فيضرب به كسائر الديون ، ويجىء على قول من قال : إن الدَّين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة ، ، لأنه قد صار حالا ، والمذهب الأول الذى نقله الجماعة عن أحمد .

وقد روى سعيد فى سننه : حدثنا هشيم أنا منصور وسعيد عن قتادة قال : ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح فى المكاتب إذا مات وعليه دَين وبقية من مكاتبته ، فقلت : إن شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء؟ فقال سعيد : أخطأ شريح ، ، قضى زيد بالدَّين قبل المكاتبة .

٨٧٩٨ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإذا كاتبه ثم دبره ، فإذا أدى صار حراً ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقي من كتابته ، وإلا عتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ﴾ .

وجملة ذلك: أن تدبير المكاتب صحيح لا نعلم فيه خلافاً، لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعتاقه، وإن كان وصية فهو وصية بإعتاقه وهو يملكه ، فعند هذا إن أدى عتق بالأداء ، لأنه سبب للعتق ، ويبطل التدبير لغنى عنه وما في يده له . وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب ، فإذا مات السيد عتق إن خرج من الثلث وما في يده لسيده . وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث .

وإن مات السيد قبل أدائه وعجزه عتق بالتدبير إن حمله الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، لأن مال الكتابة عوض عنه ، فإذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة ، لأنه لم تبق الكتابة إلا في نصفه ، فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك ، وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له ، وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه .

وقال أصحابنا : إذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيده ، كما لو بطلت الكتابة بعجزه ، لأنه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيده كغير المكاتب ، والصحيح الأول إن شاء الله تعالى ، لأنه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما في يده له كما لو أبرأه سيده . يحققه أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل لملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالأداء .

٨٧٩٩ (فصل)

إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت بعد موتي فأنت حر ، فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت ، وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى .

فإن قلنا : لا يصح ، فلا كلام .

وإن قلنا : يصح ، فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة . فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق ، لأنه لم يجب عليه شيء يعجز عنه ، وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله ، لأنه ليس بعاجز. وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق ، وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم المال وعجزه ، فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان ما في يده له إن لم تكن كتابته فسخت ،

لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ، والحرية تحصل بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له فى حال كتابته ، فيكون ما فى يده له كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة . ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده .

٨٨٠٠ (فصـــــل)

وإذا كاتب عبداً فى صحته ثم أعتقه فى مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإنا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهى تخرج من الثلث . ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ، ويعتبر الباقى من مال الكتابة دون ما أدى منها ، وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهى قيمة ما أتلف بالإعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ، فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من أدائه ، فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به . وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه ، لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه ، وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه . وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله سوى المكاتب قيمته مائة ، فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ونعمل بحسابه ، فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه . ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فبقى ثلثه بخمسين فأداها أن يقول : قد زاد مال الميت ، لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت ، فينبغى أن يزيد ما عتق منه ، لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه ، لأن ربعه يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت .

فعلى هذا إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين ، وقيمة العبد مائة ، وللميت مائة أخرى ، عتق من العبد ثلثاه ، وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زاد لهم ثلث الخمسين ، فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه ، فصار العتق ثابتاً فى ثلثه ونصف تسعه ، وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين وهو مثلا ما عتق منه .

فإن قيل : لم أعتقتم بعضه وقد بقى عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلتم : إن المكاتب لا يعتق منه شىء حتى يؤدى جميع مال الكتابة ؟

قلنا : إنما أعتقنا بعضه هاهنا بإعتاق سيده لا بالكتابة . ولما كان العتق فى مرض موته نفذ فى ثلث

ماله وبقى باقيه لحق الورثة ، وللوضع الذى لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها ، لأنه إذا بقى عليه شىء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية فى العوض .

٨٨٠١ (فصـــــل)

وإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة ، وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه فى مرضه أو أبرأه ، إلا أنه يحتاج هاهنا إلى إيقاع العتق لأنه أوصى به ، وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقى الكتابة ، فان أداه عتق جميعه ، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقى .

وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه فى الحال ، كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دَين فى ذمة موسر أو معسر أنه يعتق ثلثه فى الحال ، وإن لم يحصل للورثة فى الحال شىء ، ولأن حق الورثة متحقق الحصول ، فإنه إن أدى وإلا عاد الباقى قنًّا .

وذكر القاضى فيه وجهاً آخر أنه لا يتنجز عتق شىء منه إذا لم يكن للميت مال سواه ، لئلا يتنجز للوصية ماعتق منه ويتأخر حق الوارث ، وكذلك لو كان له مال غائب أو دَين حاضر لم تتنجز وصيته من الحاضر ، والأول أصح لما ذكرناه ، وأما الحاضر والغائب فإنه إن كان أوصى له بالحاضر أخذ ثلثه فى الحال ، ووقف الباقى على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شىء فى الحال ، فهو كمسألتنا ، ولم يكمل له جميع وَصيته ، لأن الغائب غير موثوق بحصوله ، فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أداء مال المكتابة .

٨٨٠٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال: ﴿ وإذا ادّعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد ، حلف مع شاهده وصار حراً ﴾ .

وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، لأن النزاع بينهما فى أداء المال ، والمال يُقبل فيه الشاهد واليمين .

فإن قيل : القصد بهذه الشهادة العتق وهو مالا يثبت بشاهد ويمين .

قلنا : بل يثبت بشاهد ويمين فى رواية . وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة هاهنا إنما هى بأداء المال ، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين ، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ، ويترتب عليها ثبوت النسب الذى لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد .

٨٨٠٣ (فصـــــل)

فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد ، فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر . وإن قال العبد : لى شاهد

غائب أنظر ثلاثاً ، فإن جاء به وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته ، وإن جاء بشاهد فجرح فقال : لى شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا .

٨٨٠٤ (فصـــل)

وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره ، وإن أقر بذلك فى مرض موته قُبل ، لأنه إقرار لغير وارث ، وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قال : استوفيت كتابتى كلها عتق العبد . وإن قال : استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى ، وإن شاء زيد ، عتق ولم يؤثر الاستثناء ، لأن هذا الاستثناء لا مدخل له فى الإقرار .

قال أحمد فى رواية أبى طالب : إذا قال له : علىّ ألف إن شاء الله كان مقراً بها . ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط ، والذى يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل ، وأما الماضى فلا يمكن تعليقه ، لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط ، وإنما يدل الشرط فيه على الشك فيه ، فكأنه قال : استوفيت كتابتى وأنا أشك فيه ، فيلغو الشك ويثبت الإقرار . وإن قال : استوفيت آخر كتابتى وقال : إنما أردت أنى استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل ، فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراده .

٨٨٠٥ (فصـــل)

إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق ، لأن ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وإن أبرأه من بعضه برىء منه ، وكان على الكتابة فيما بقى ، لأن الإبراء كالأداء . وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم ، أو على دراهم فأبرأه من دنانير ، لم تصح البراءة ، لأنه أبرأه مما لا يجب له عليه إلا أن يريد بقدر ذلك مما لى عليك ، فإن اختلفا فقال المكاتب : إنما أردت من قيمة ذلك ، وقال السيد : بل ظننت أن لى عليك النقد الذى أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأنه اعترف بنيته ، وإن مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع أيمانهم أنهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وإن مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا .

٨٨٠٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال: ﴿ ولا يكفر المكاتب بغير الصوم ﴾ .

وجملته : أن المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار ، أو جماع فى نهار رمضان ، أو قتل ، أو كفارة يمين ، لم يكن له التكفير بالمال ، لأنه عبد ولأنه فى حكم المعسر ، بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته ، وكفارة الحر ولاعسر الصيام . وإن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز ، لأنه بمنزلة التبرع ،

ويجوز له التبرع بإذن سيده ، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ، ولا يلزمه التكفير بالمال إذا أذن فيه السيد ، لأن عليه ضرراً فيه لما يفضى إليه من تفويت حريته ، كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده .

وقال القاضى : المكاتب كالعبد القن فى التكفير ، ومتى أذن له سيده فى التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده ، فإن قلنا : لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة ، سواء ملكه سيده أو لم يملكه ، وسواء أذن فيه أو لم يأذن ، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح ، وإن قلنا : يملك بالتمليك ، صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه ، وإن أذن له فى التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما فى تكفير العبد . والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب ، لأنه يملك المال بغير خلاف ، وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع .

٨٨٠٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : (وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها) .

وجملته : أنه يصح مكاتبة الأَمَة كما تصح مكاتبة العبد ، لا خلاف بين أهل العلم فيه ، وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ، ولأنها داخلة فى عموم قوله (وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)[1] ولأنها يمكنها التكسب والأداء فهى كالعبد ، وإذا أتت المكاتبة بولد من غير سيدها إما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها ، فإن عتقت بالأداء أو الإبراء عتق ، وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عاد رقيقاً .

وهذا قول شريح ومالك وأبى حنيفة والثورى وإسحاق ، وسواء فى هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها . وقال أبو ثور وابن المنذر : هو عبد قن لا يتبع أمه . وللشافعى قولان كالمذهبين ، واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد ، فلا تسرى إلى الولد كالتعليق بالصفة .

ولنا : أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز إبطاله ، فسرى إلى الولد كالاستيلاد ، ويفارق التعليق بالصفة ، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع .

إذا ثبت هذا فالكلام فى الولد فى فصول أربعة :

فى قيمته إذا تلف ، وفى كسبه ، وفى نفقته ، وفى عتقه .

أما قيمته إذا تلف ، فقال أبو بكر : هو لأمه تستعين بها على كتابتها ، لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ، ولأنه بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك

---

(١) سورة النور آية ٣٣ .

ولدها ، وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها .

يحققه أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها . ولا يثبت ملك السيد فى منافعه ولا فى أرش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها .

وقال الشافعى فى أحد قوليه: تكون القيمة لسيدها، لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها ، والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها ، فإن العقد باق بعد قتله . فنظير هذا إتلاف بعض أعضائها . والحكم فى إتلاف بعض أعضائها كالحكم فى إتلافه .

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغى أيضاً أن يكون لأمه ، لأن ولدها جزء منها تابع لها ، فأشبه بقية أجزائها ، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له ، فينبغى أن يصرف فيه بمنزلة صرفه إليه ، إذ فى عجزها رقه وفوات كسبه عليه .

وأما نفقته فعلى أمه ، لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها .

وأما عتقه فإنه يعتق بأدائها أو إبرائها ، ويرق بعجزها ، لأنه تابع لها .

وإن ماتت المكاتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً قناً ، إلا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين .

وإن أعتقها سيدها لم يعتق ولدها ، لأنه إنما تبعها فى حكم الكتابة وهو العتق بالأداء ، وما حصل الأداء وإنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه ، فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة .

ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقاً .

ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالأداء ، لأن العقد لم يوجد ما يبطله ، وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه ، فإذا لم يكن لها ولد يتبعها فى الكتابة ولا فى يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ، ولم يكن فى بقائه فائدة ، فانتفى لانتفاء فائدته ، وفى مسألتنا فى بقائه فائدة لإفضائه إلى عتق ولدها فينبغى أن يبقى .

ويحتمل أن يعتق بإعتاقها ، لأنه جرى مجرى إبرائها من مال الكتابة . والحكم فيما إذا أعتقت باستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها ، لأنها عتقت بغير الكتابة. وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه . نص عليه أحمد فى رواية مهنا ، لأنه مملوك فصح عتقه كأمه ، ولأنه لو أعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه .

وقال القاضي : وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه ، لأن فيه ضرراً بأمه بتفويت كسبه عليها ، لأنها كانت تستعين به في كتابتها . وامل أحمد نفذ عتقه تغليباً للعتق ، والصحيح أنه يعتق ، وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه :

أحدها : أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته ، فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في إعتاقه ، لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به ، فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد .

الثاني : أن النفع بكسبها ليس بواجب لها ، بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب ، فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها .

الثالث : أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ، ثم هو ملغى بعتق المفلس والرهن وسراية العتق إلى ملك الشريك، فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم ، فهذا أولى .

٨٨٠٨ (فصـــــل)

فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه ، لأن ولد المكاتب لا يتبعه ، وأما ولد بنتها فهو كبنتها ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا تسرى الكتابة إليه ، لأن السراية إنما تكون مع الاتصال ، وهذا ولد منفصل فلا تسرى إليه ، بدليل أن ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى إليه الاستيلاد ، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته .

ولنا : أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً ، فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها ، لأن عليه إتباعها لأنها موجودة في ولدها ، ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى إلى ولدها كالمكاتبة . وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأمها في الكتابة ، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى .

٨٨٠٩ ﴿ مســــــألة ﴾

قال : ﴿ ويجوز بيع المكاتب ﴾ .

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر ، وهو قديم قولي الشافعي، قال : ولا وجه لقول من قال :

لا يجوز[١] . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك وأصحاب الرأى والجديد من قولى الشافعى ، لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعه[٢] وعتقه .

وقال الزهرى وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض ، وحكى ذلك عن أبى يوسف ، لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ، ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه ، كذلك بيعه .

ولنا : ما روى عروة عن عائشة أنها قالت : « جاءت بريرة إلىّ فقالت : يا عائشة إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة — ونفست[٣] — فيها : ارجعى إلى أهلك إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً[٤] فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحتسب[٥] عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا ، فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا يمنعك ذلك منها ، ابتاعى واعتقى إنما الولاء لمن أعتق . فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال[٦] ناس يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله[٧] ، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق[٨] وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه .

---

(١) فى طبعة رشيد للمغنى ج ١٢ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ (ولا وجه لقول من مكاتب قال لا يجوز) ومثله فى طبعة الفقى ج ٩ ص ٤٩٠ والصواب (ولا وجه لقول من قال لا يجوز) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٠٦ (ف)

(٢) فى طبعة الفقى ٩ / ٤٩٠ ورشيد ١٢ / ٤٤٥ (كبيعه) وفى الشرح الكبير ١٢ / ٤٠٦ ، ٤٠٧ (كبيعه لأجنبى) (ف)

(٣) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٤٥ والشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٠٧ وطبعة الفقى للمغنى ج ٩ ص ٤٩١ (ونقست) بالقاف والصواب بالفاء كما فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٨ باب المكاتب = ونفست : بكسر الفاء معناها رغبت كما فى إرشاد السارى للقسطلانى ج ٤ ص ٣٢٩ (ف)

(٤) رواية البخارى ٣ / ١٩٩ (ارجعى إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت) (ف)

(٥) أى تطلب حساب أجرها عند الله (ف)

(٦) ما بال : ما حال (ف)

(٧) ليست فى كتاب الله : أى ليست فى حكم الله الذى كتبه على عباده وشرعه لهم . (ف)

(٨) أحق وأوثق : أفعل التفضيل ليس على بابه ، والمراد هو الحق وهو القوى وما سواه واه ضعيف (ف)

قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك ، ففي ذلك أبين البيان أن بيعه جائز، ولا أعلم خبراً يعارضه ، ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلا على عجزها.وتأوله له الشافعي على أنها كانت قد عجزت،وكان بيعها فسخاً لكتابتها،وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة،وليس في الخبر مايدل عليه ، بل قولها أعينيني على كتابتي ، دلالة على بقائها على الكتابة، ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية ، فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين ، أو بمضي عام عند الآخرين . والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ، ولا يصح قياسه على أم الولد ، لأن سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال ، فأشبه الوقف ، والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا .

قال ابن أبي موسى : وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه ؟ على روايتين . ولأن المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة . والدليل على أنه مملوك قول النبي صلى الله عليه وسلم « المكاتب[1] عبد ما بقي عليه درهم» وأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه ، بدليل قوله عليه السلام « إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه[2] » فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك .

وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة أنه قال : قالت لي أم سلمة : يانبهان هل عندك ما تؤدي ؟ قلت : نعم ، فأخرجت الحجاب بيني وبينها ، وروت هذا الحديث . قال : فقالت : لا والله ما عندي ما أؤدي ولا أنا بمؤد ، وإنما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها ، ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ، ويرجع عند العجز إلى كونه قناً ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ، ويفارق إعتاقه ، لأنه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد ، وإنما هو إسقاط الملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكه بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا .

٨٨١٠ (فصــــل)

وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه ، لأنه في معنى بيعه ، وقد روى عن أحمد أنه منع هبته ، لأن الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها ، لأن ما كان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه .

٨٨١١ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ، فإذا أدى صار حراً وولاؤه لمشتريه ، فإن لم يبين البائع للمشتري أنه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه سليما ومكاتباً ﴾ .

(١ ، ٢) سبق تخريجهما (ف)

وجملة ذلك : أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز إبطالها ولا نعلم فى هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤدياً ما يجب عليه من نجومه فى أوقاتها غير جائز ، وذلك لأنها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كإجارته ونكاحه ، ويبقى على كتابته عند المشترى وعلى نجومه ، كما لو كان عند البائع مبقى على ما بقى عليه من كتابته ، ويؤدى إلى المشترى كما كان يؤدى إلى البائع ، فإن عجز فهو عبد لمشتريه ، لأنه صار سيده ، وإن أدى عتق وولاؤه لمشتريه، لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشترى ، فصار المشترى هو المعتق ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة « ابتاعى واعتقى فإنما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه .

وإذا لم يعلم المشترى كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الأرش ، لأن الكتابة عيب لكون المشترى لا يقدر على التصرف فيه ، ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء إن كانت أمَة ، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك ، كمشترى الأمَة المزوجة أو المعيبة ، فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن ، وبين إمساكه وأخذ الأرش ، وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً قنًّا، فيقال : كم قيمته مكاتباً ، وكم قيمته لو كان غير مكاتب ؟ فإذا قيل : قيمته مكاتباً مائة ، وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون ، فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته ، فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التى نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر فى البيع .

٨٨١٢ (فصل)

فأما بيع الدَّين الذى على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور ، وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك : يصح ، لأن السيد يملكها فى ذمة المكاتب، فجاز بيعها كسائر أمواله .

ولنا : أنه دَين غير مستقر فلم يجز بيعه كدَين السلم ، ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب،ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله ، فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ، ولأنه غير مقبوض . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض ، فإن باعه فالبيع باطل ، وليس للمشترى مطالبة المكاتب بتسليمه إليه ، وله الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه . فإن سلم المكاتب إلى المشترى نجومه ففيه وجهان :

أحدهما : يعتق ، لأن البيع تضمن الإذن فى القبض ، فأشبه قبض الوكيل .

والثانى : لا يعتق ، لأنه لم يستنبه فى القبض ، وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد ، فكان القبض أيضاً فاسداً ، ولم يعتق بخلاف وكيله فإنه استنابه ، ولو صرح بالإذن فليس بمستنيب له فى القبض ، وإنما أذنه بحكم المعاوضة ، فلا فرق بين التصريح وعدمه .

فإن قلنا : يعتق بالأداء ، برىء المكاتب من مال الكتابة ، ويرجع السيد على المشترى بما قبضه ، لأنه كالنائب عنه . فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ، ورجع ذو الفضل بفضله .

وإن قلنا : لا يعتق بذلك ، فمال الكتابة باق على المكاتب ، ويرجع المكاتب على المشترى بما دفعه إليه ، ويرجع المشترى على البائع .

فإن سلمه المشترى إلى البائع لم يصح التسليم ، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب،فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه . فإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر .

وإن باعه ما أخذه بما له فى ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقياً ، وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابه تقاصا . وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز .

٨٨١٣ (فصــــل)

وإذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعهما فى الكتابة فباعهما معاً صح ، لأنهما ملكه ، ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشترى كما كانا عند البائع سواء ، وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين :

أحدهما : أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها فى البيع إلا بعد البلوغ فى إحدى الروايتين .

والثانى : أن الولد تابع لأمه ، ولها كسبه وعليها نفقته ، فصار فى معنى مملوكها ، فلم يجز التفريق بينه وبينها . ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالغاً ، لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ، ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه ، لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ، ويعتق بعتقها كما لو بيع والله أعلم .

٨٨١٤ (فصــــل)

وإن وصى بالمكاتب لرجل ، فقال أبو بكر : قال أحمد : الوصية به جائزة ، لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ، ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه فى الأداء إليه ، وإن عجز عاد إليه رقيقاً له قنّاً ، وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا فى المشترى سواء ، فإن عجز فى حياة الموصى لم تبطل الوصية ، لأن رقه لاينافى الوصية ، وإن أدى وعتق فى حياة الموصى بطلت الوصية ، ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته ، فإن قال : إن عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت الوصية إذا عجز فى حياة الموصى ، وإن عجز بعد موته لم يستحقه ، لأن الشرط بطل بموته كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فلم يدخلها حتى مات سيده ، وإن قال : إن عجزت بعد موتى فهو لك،فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت، وقد ذكرنا فى صحتها وجهين.

٨٨١٥ (فصـــل)

وإن وصى بكتابته لرجل صحت الوصية ، لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بمالا يملكه فى الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته ، وللموصى له أن يستوفى المال عند حلوله وله أن يبرىء منه ، فإذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيده ، لأنه المنعم عليه . وإن عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له إنظاره ، فالقول قول الوارث ، لأن حق الموصى له فى المال مادام العقد قائماً ، وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرده فى الرق ، وليس للموصى له إبطال حق الوارث من تعجيزه .

وإن أراد الوارث إنظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له ، لأن الحق فى التعجيز والفسخ للوارث ، ولا حق للموصى له فى ذلك ولا بيع ، لأن حقه يسقط به ، ومتى عجز عاد عبداً للورثة ، وإن وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح ، لأنها وصية بصفة ، فإن عجل شيئاً فهو للموصى له ، وإن لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

٨٨١٦ (فصـــل)

وإن وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان ، فإن أدى إلى صاحب المال أو أبرأه منه عتق . قال أصحابنا : وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له ، لأنه أقامه مقام نفسه فى استحقاق الرقبة ، ولو لم يوص بها لكان الولاء له ، فإذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ، ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له ، فكذلك إذا وصى برقبته ، لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال ، وإن عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت الوصية بالمال . وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له . وإن اختلفا فى فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة ، لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم .

وقياس هذه المسألة أنه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح ، لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر .

٨٨١٧ (فصـــل)

وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما فى ذمة المكاتب لم تصح الوصية ، لأنه لاشىء فى ذمته ، وإن قال : وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح ، لأن الكتابة الفاسدة يؤدى فيها المال كما يؤدى فى الصحيحة . وإن وصى برقبة المكاتب صح ، لأن الوصية برقبة المكاتب تصح فى الكتابة الصحيحة ، ففى الفاسدة أولى .

٨٨١٨ (فصـل)

وتصح الوصية لمكاتبه ، لأنه مع سيده فى المعاملة كالأجنبى ، ولذلك جاز أن يدفع إليه زكاته . فإن قال : ضعوا عن مكاتبى بعض كتابته أو بعض ماعليه وضعوا ماشاءوا ، قليلا كان أو كثيراً ، من أول نجومه أو من

آخرها . وإن قال : ضعوا عنه نجماً من نجومه ، فلهم أن يضعوا أى نجم شاءوا ، كما لو قال : ضعوا أى نجم شئتم ، وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة ، لأن اللفظ يتناول واحداً منها غير معين . وإن قال : ضعوا عنه أى نجم شاء، كان ذلك إلى مشيئته ، فيلزمهم وضع النجم الذى يختار وضعه، لأن سيده جعل المشيئة له.

وإن قال : ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا ، لأنه أكبرها قدراً .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر نجومه ، لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها ،لأن أكثر الشىء يزيدعلى نصفه ، فإذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ، ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا ، بمنزلة قوله أكبر نجومه . فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الأول .

وإن قال : ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه ، مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل ، وعددها منفرد ، فيتعين وضع أوسطها عدداً ، فإذا كانت خمسة فالأوسط الثالث ، وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجاً وهى مختلفةالمقدارفبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة ، فأوسطها المائتان ، فتعين الوصية فيه ، لأنه أوسطها . وإن كانت متساوية القدر مختلفة الأجل ، مثل أن يكون اثنان منها إلى شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر ، تعينت الوصية فيما هو إلى شهرين لأنها أوسطها .

وإن اتفقت هذه المعانى الثلاثة فى واحد تعينت الوصية فيه . وإن كان لها أوسط فى القدر وأوسط فى الأجل وأوسط فى العدد يخالف بعضها بعضاً ، فذلك إلى اختيار الورثة ، فلهم وضع ما شاءوا منها . وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما أراد الموصى منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أرادالموصى، ثم التعيين إليهم . ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة أحدهما . ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد ، فإن كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان ، وهكذا القول فيما إذا وصى بأوسط نجومه .

وإن قال : ضعوا عنه ما خف ، أو قال : ما يثقل أو ما يكثر ، كان ذلك إلى تقدير الورثة ، لأن كل شىء يخف إلى جنب ما هو أخف منه ، كما قال أصحابنا فيما إذا وصى بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ، وضع عنه النصف وأدنى زيادة .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها ، فيصح فى الكتابة ويبطل فى الزيادة لعدم محلها .

وإن قال : ضعوا عنه ما شاء ، فشاء وضع كل ما عليه وضع ما عليه ، لأن وصيته تتناوله .

وإن قال : ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل ، لأن من للتبعيض فلا تتناول الجميع . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرناه .

٨٨١٩ (مسألة)

قال : (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه من المحرم عليه نكاحه ، لم يعتقوا حتى يؤدى وهم في ملكه ، فإن عجز فهم عبيد لسيده) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : أنه يصح أن يشترى من ذوى أرحامه من يعتق عليه بغير إذن سيده . وهذا قول الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى .

وقال الشافعي : لا يصح ، لأنه تصرف يؤدى إلى إتلاف ماله ، لأنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة مالا يجوز له التصرف فيه،فأشبه الهبة ، فإن أذن له سيده فيه، فمنهم من قال : يجوز قولا واحداً، وهو قول مالك ، لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه ، ومنهم من قال : فيه قولان .

ولنا : أنه اشترى مملوكا لاضرر في شرائه ، فصح كالأجنبي ، وبيانه أنه يأخذ كسبهم ، وان عجز صاروا رقيقاً لسيده ، ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبي ، ويفارق الهبة لأنها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا السيد ، ولأنه تحقق السبب وهو صدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع ، لأن ماذكروه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه .

الفصل الثانى : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم ، لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق ، فلا يقع بالشراء الذى أقيم مقامه ، ولا يجوز له بيعهم ولاهبتهم ولا إخراجهم عن ملكه . وقال أصحاب الرأى : له بيع من عدا المولودين والوالدين ، لأنهم ليست قرابتهم قرابة حرية[1] ولا تعصيبية ، فأشبهوا الأجانب .

ولنا : أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ، ولأنه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه ، ولأنهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيده ، فإذا أدى وهم في ملكه عتقوا لأنه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم ، فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيدهم ، لأنهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه ، فيكونون بمنزلة مالو اشتراهم بعد عتقه . وإن عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد ، لأنهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب .

---

(١) في المغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤٥٥ والفقى ٩ / ٤٩٨ (قرابة حرية ولا تعصيبية) لكن في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٨٠ (قرابة جزئية ولا بعضية) وهو الصواب . (ف)

٨٨٢٠ (فصل)

وكسبهم للمكاتب ، لأنهم مماليكه ، ونفقتهم عليه بحكم الملك لابحكم القرابة . وإن أعتقهم السيد لم يعتقوا ، لأنه لايملكهم فلا يملك التصرف فيهم . وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم ، وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده . وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز ، لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته . وعلى ما اخترناه يعتقون ، لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه .

يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ، ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لايزول إلا بالأداء أو مايقوم مقامه ، فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب ، وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً . وقال أبو يوسف ومحمد : يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك أم ولده ، وقال أبو حنيفة في الولد خاصة : إن جاء بالكتابة حالّة قبلت منه وعتق .

ولنا : أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي ، وإن خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ماتقدم .

٨٨٢١ (فصل)

وإن وهب له بعض ذوى رحمه فله قبوله ، وإن وصى له به فله قبول الوصية ، لأنه إذا ملك شراءه مع مافيه من بذل ماله ، فلأن يجوز بغير عوض أولى ، وإذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه .

٨٨٢٢ (فصل)

ويجوز أن يشترى المكاتب امرأته ، والمكاتبة زوجها ، لأن ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الأجانب ، وينفسخ النكاح بذلك ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لاينفسخ ، لأن المكاتب لايملك بدليل أنه لايجوز له التسرى ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه ، فأشبه العبد القن .

ولنا : أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ، ويجرى الربا بينه وبينه ، وإنما منع من التسرى لتعلق حق سيده بما في يده ، كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ، ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك . فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبى منه .

٨٨٢٣ (فصل)

وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ، ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لاينفسخ النكاح ، لأنها لاترثه ، وإنما تملك نصيبها من الدّين الذى

عليه ، بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث . فإن عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حينئذ لأنها ملكت نفسها منه .

ولنا : أن المكاتب مملوك لسيده لايعتق بموته ، فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه ، ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك ، فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن . وأما كون الولاء للميت فلأن السبب وجد منه فنسب العتق إليه وثبت الولاء له .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث نصيبها منه ، لأنها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه ، لأنه لايتجزأ . وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءاً منه أو ورثت شيئاً من العبد القن بطل نكاحها . وإن كانت لا ترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله . والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنت . وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها أو ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك ، والله أعلم .

٨٨٢٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال:﴿ وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعونى نفسى بها فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتاباً أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ ، فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ، ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شيء ﴾ .

اعترض على الخرقى فى هذه المسألة ، حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما فى يده ، مع أنه قد ذكر فى باب العتق إذا قال العبد لرجل : اشترنى من سيدى بهذا المال وأعتقنى ، فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ، ويكون السيد قد أخذ ماله . وقد أجاب القاضى عن هذا الإشكال بوجوه منها :

أن يكون مكاتباً ، وقوله بيعونى من نفسى بهذه أى أعجل لكم الثلاثمائة وتضمون عنى ما بقى من كتابتى ، ولهذا ذكرها فى باب المكاتب .

الثانى : أن يكون المال فى يد العبد لأجنبى قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها .

الثالث : أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر .

الرابع : أن يكون رضى سادته ببيعه نفسه بما فى يده، وفعلهم ذلك معه إعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك إليهم ، فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعتك نفسك بخدمتى سنة فإن منافعه مملوكة لسيده ، وقد صح هذا فيها فكان هاهنا ، وهذا الوجه أظهرها إن شاء الله تعالى ، لأنه لا يحتاج إلى تأويل . ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل .

وإذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق ، لأن البيع يخرجه من ملكهم ، ولا يثبت

عليه ملك آخر ، إلا أنه هاهنا لا يعتق إلا بالقبض ، لأنا جعلناه عتقاً مشروطاً بالقبض ، وبهذا قال الخرقى فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين الذين شهدا بالقبض ، ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض . ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما ، لأنهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالأجنبيين ، ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه ، لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد ، والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بينهم ، ولأن ما في يد العبد لهم والذى أخذاه كان في يده ، فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية ، وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ، ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به ، كما لو أقر بشيء لغيرهما لهما فيه نفع ، فإن إقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما .

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض ، لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما مغرماً ، ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل ، وإنما يقبل ذلك في الإقرار ، لأن العدالة غير معتبرة فيه ، والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة .

فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض وله مطالبته بنصيبه ، أو مشاركة صاحبه فيما أخذ ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثى مائة ورجع على العبد بتمام المائة ، ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء ، لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول : ظلمنى وأخذ منى مرتين ، وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان : ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه ، وإن كانا غير عدلين فكذلك سواء . قلنا : إن شهادة العدلين مقبولة أولا ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإنما يؤاخذ بإقراره ، فإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق إذا حلف ، إلا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما ، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً .

٨٨٢٥ (فصــــــل)

وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة ، فادّعى دفعها إليهما وصدقاه عتق ، فإن أنكر أو لم تكن بينة[1] فالقول قولهما مع أيمانهما . وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلا ، فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ، ويرجع المنكر

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٦٠ والفقى ج ٩ ص ٥٠٢ (أو لم تكن بينـــة) والصواب (ولم تكن بينة) بالواو لا (أو) كما فى الشرح الكبير ٤٦٩/١٢ (ف)

على الشاهد فيشاركه فيما أخذه . وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه ، لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً . والقول قول سيده مع يمينه ، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون ، لأن ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما .

فإن قيل : فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟

قلنا : إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به ، وإذا أقر بمقصور لزمه حكم إقراره ، ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه .

فإن قيل : لو كان عليه دَين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه ، فلم يرجع هاهنا ؟

قلنا : إن كان الدَّين ثابتاً بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كمسألتنا . وعلى أن هذا يفارق الدَّين لكون الدَّين لا يتعلق بما فى يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب ، والسيد يتعلق حقه بما فى يد المكاتب ولا يدفع شيئاً منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتاً فيه .

إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشىء ، لأنه إنما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين ، وعلى العبد بخمسة وعشرين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذ منه لما ذكرنا من قبل .

وإن عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ، ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه ، لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة فى جميعه ، وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذى استرقه ظالم باسترقاقه ، والمنكر يدعى رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شىء منه لأنه يزعم أنى ما قبضت نصيبى من كتابته وشريكى إن قبض شيئاً فقد استحق نصفه بغير إذنى فلا يعتق شىء منه بهذا القبض ، وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين ، لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقى بعضه رقيقاً ، وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعى رضى الله عنه .

٨٨٣٦ (فصـــل)

فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقى وأنكر المدعى عليه حلف وبرىء . وإذا قال : إنما دفعت إلىّ حقى وإلى شريكى حقه ولا بينة للعبد ، فالقول قول المدَّعى عليه فى أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه ، ولا نزاع بين العبد وبين الآخر ، لأنه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه ، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين ، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً ، لأنه

لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع ، فاذا أنكره لزمته اليمين . فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين :

أحدهما : أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً . وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى .

والثانى : أنه يدفع عن نفسه مغرماً ، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوّم عليه نصيب شريكه ، لأن العبد معترف برقه غير مدّع لحرية هذا النصيب بخلاف التى قبلها ، ويحتمل أن لا تقوم أيضاً ، لأن القابض يدعى حرية جميعه والمنكر يدعى ما يوجب رق جميعه ، فانهما يقولان : ماقبضه قبضه بغير حق ، ولا يعتق حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه ، فإذا كان أحدهما يدّعى رق جميعه والآخر يدّعى حرية جميعه ، فما اتفقا على حرية البعض دون البعض .

٨٨٢٧ (فصل)

وإن اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذى ادعاه المكاتب وقال : قد دفعت إلى شريكى نصفها ، فأنكر الشريك ، فالقول قوله مع يمينه ، وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه ، وللمرجوع عليه أن يحلفه ، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك ، لأنه اعترف بقبض المائة كلها ، ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ، ولا يرجع الشريك عليه بشىء ، لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه ، وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع على غير ظالمه ، فإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين ، لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته ، وللعبد الرجوع على القابض بها ،سواء صدقه فى دفعها إلى المنكر أو كذبه ، لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبرىء فكان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها ، فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها ، فإن تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض فى الخمسين التى قبضها عوضاً عن نصيبه ، ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً، إلا أن يكون العبد يصدقه فى دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم ، لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر .

وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك ، فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول فى تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الأداء إن قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه ، وإن قلنا : ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه ، لأنه قادر على الأداء .

فإن قيل : فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟

قلنا : لأنه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها فى نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها ، كما لو كانت غائبة فى بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

٨٨٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال:﴿ وإذا قال السيد : كاتبتك على ألفين ، وقال العبد : على ألف ، فالقول قول السيد مع يمينه ﴾ .

قال القاضي : هـــذا المذهب نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية الكوسج ، وهو قول الثورى والأوزاعى وإسحاق . وقال أبو بكر : اتفق أحمد والشافعى على أنهما يتحالفان ويترادان ، وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأنهما اختلفا فى عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تـكن بينة كالمتبايعين . وحكى عن أحمد رضى الله عنه رواية ثالثة أن القول قول المكاتب ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ، ولأنه مدعى عليه فيدخل فى عموم قوله عليـــه السلام « ولـكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا : أنه اختلاف فى الكتابة ، فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا فى أصلها ، ويفارق البيع من وجهين :

أحدهما : أن الأصل فى البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه ، والأصل فى المكاتب وكسبه أنه لسيده ، فالقول قوله فيه .

والثانى : أن التحالف فى البيع مفيد ولا فائدة فى التحالف فى الكتابة ، فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده . وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده ، وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه ، فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته ، وإنما قدمنا قول المنكر فى سائر المواضع ، لأن الأصل معه والأصل هاهنا مع السيد ، لأن الأصل ملكه العبد وكسبه.

فإذا ثبت هذا : فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها ، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده ، مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعى المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة . ومن قال بالتحالف قال : اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه . وإن كان التحالف بعد العتق فى مثل الصور التى ذكرناها لم ترتفع الحرية ، لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا اعادة الرق بعد رفعه ، ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله .

٨٨٢٩ (فصـــــــل)

وإن اختلفا فى أداء النجوم، فقال المكاتب : أديت وعتقت ، وأنـكر السيد ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأنه منـكر والقول قول المنـكر . وإن اختلفا فى إبرائه من مال الكتابة أو شىء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك .

٨٨٣٠ (فصـــــل)

وإن كاتب عبدين واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى ، فقياس المذهب أن يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، كما لو أعتق عبداً من عبيده وأنسيه ، فإن ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى إليه ، فإن نكل عتق الآخر ، فإن مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة . فإن ادعى الآخر عليهم أنه المؤدى فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى ، لأنها يمين على نفي فعل الغير .

فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أدى عتق ، سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد أو بعد موته ، فإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر ، وإن كان بعدها فكذلك ، لأن القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة ، فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ، ولأن من لم يؤد لا يصير مؤدياً بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق . ويتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه في الطلاق ، وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدى منهما .

ومتى ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عليه ، سواء كان السيد أو ورثته ، إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت ، وإن كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم ، إلا أن يدعى الأداء إليهم فتكون أيمانهم على البت أيضاً ، وعلى كل واحد من الورثة يمين ، لأن كل واحد منهم يدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى .

٨٨٣١ (فصـــــل)

إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه[1] آخر غير سيده ، فقال سيده : قد أدى إلىّ وعتق ، فأنجز ولاء ولده إلىّ ، فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً ، فقد صار حراً بهذا القول ، فإنه إقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده إليه ، وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم ، لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له ، فيحلف ويبقى ولاؤهم له .

٨٨٣٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال: ﴿وإذا أعتق الأمَة أو كاتبها وشرط ما في بطنها أو أعتق ما في بطنها دونها فله شرطه﴾ .

روى نحو هذا القول عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعي وإسحاق وابن المنذر . وقال ابن سيرين : له ما استثنى ، وقال عطاء والشعبي : إذا استثنى ما في بطنها فله استثناؤه .

---

(١) في طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٦٧ والمغني ج ٩ ص ٥٠٧ (من معتقة آخر) والمراد (من معتقة آخر) (ف)

وقال مالك والشافعى : لا يصح استثناء الجنين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الثُّنْيَا[1] إلا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناؤه فى البيع فلا يصح فى العتق كبعض أعضائها .

ولنا قول ابن عمر وأبى هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً فى الصحابة ، قال أحمد : أذهب إلى حديث ابن عمر فى العتق ولا أذهب إليه فى البيع .

وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما فى بطنها ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم[2] » وهذا قد شرط ما فى بطن معتقته فكان له بمقتضى الخبر ، ولأنه يصح إقراره بالعتق فصح استثناؤه .

وأما خبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث ، ويفارق البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ، ويكفى العلم بوجوده وقد علم ذلك ، ولذلك صح إفراد الحمل بالعتق ولم يصح إفراده بالبيع ، ولأن استثناءه فى البيع إذا بطل بطل البيع كله ، وها هنا إذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق فى الأمة ويسرى الإعتاق إليه ، فكيف يصح إعتاقه مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها ، لأن العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل .

وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة ، فإذا عتق بعضها سرى إلى المستثنى ، والولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية إلى أمه ، ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها ، وفى ولد المغرور بحرية أمه ، وفيما إذا وطىء بشبهة ، وفى ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك فى بعض الأعضاء ، ولأن الولد يرث ويورث ويوصى به وله ، وإذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية فى مقابلته ، فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما إن أعتق ما فى بطنها دونها فلا أعلم خلافاً فيه .

قال إسحاق بن منصور : سئل سفيان عن رجل قال : ما فى بطنك حر قال : هو حر والأم مملوكة ، لأن ولدها منها وليست هى من ولدها . قال أحمد وإسحاق : جيد .

وقال مهنا : سألت أحمد رضى الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت : فقد حبلت ، فقال لها مولاها :

---

(١) فى طبعة رشيد ١٢ / ٤٦٧ والفقى ٩ / ٥٠٧ (نهى عن الثنياء) بهمزة ممدودة والوارد بألف مقصورة (الثنيا) بدون همزة بعد الألف — والحديث أخرجه مسلم عن جابر بلفظ « نهى عن بيع الثنيا » زاد الترمذى والنسائى وابن حبان فى صحيحه « إلا أن تعلم » قال الحافظ فى تلخيص الحبير ج ٣ ص ٥ « ووهم ابن الجوزى فذكر فى جامع المسانيد أنه متفق عليه من حديث جابر ولم يذكر البخارى فى كتابه (الثنيا) » (ف)

(٢) الحديث سبق قريباً تخريجه . (ف)

ما فى بطنك حر ولم تكن حاملا . قال : لا تعتق ، فأعدت عليه القول مرة أخرى ، فقال : لا يكون شىء إنما أراد ما فى بطنها فلم يكن شىء .

قال المروذى : وسئل أبو عبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال : جائز .

٨٨٣٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته ﴾ .

وجملته : أنه إذا كاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة ، ثم قال : عجل لى خمسمائة منه حتى أضع عنك الباقى ، أو حتى أبرئك من الباقى ، أو قال : صالحنى منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك ، وبه يقول طاوس والزهرى والنخعى وأبو حنيفة ، وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبى .

وقال الشافعى : لا يجوز ، لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية ، وهو أن يزيد فى الدّين لأجل الأجل ، وهذا أيضاً هبة ، ولأن هذا لا يجوز بين الأجانب ، والربا يجرى بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالأجانب .

ولنا : أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دَين صحيح ، بدليل أنه لا يجبر على أدائه ، وله أن يمتنع من أدائه ، ولا تصح الكفالة به ، وما يؤديه إلى سيده كسب عبده . وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق ، وأوجب فيه التأجيل مبالغة فى تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب ، فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ فى حصول العتق وأخف على العبد ، ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الأجانب من حيث أن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن .

وقولهم : إن الربا يجرى بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن أبى موسى وإن سلمناه ، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية ، فإنه إسقاط لبعض الدّين ، وربا الجاهلية زيادة فى الدّين ، وربا الجاهلية يفضى إلى نفاد مال الدين وتحمله من الدّين مايعجز عن وفائه فيحبس من أجله [ويؤسر به][1] وهذا يفضى إلى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا .

٨٨٣٤ (فصل)

فإن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدّين ، مثل أن يكاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة ، يؤدى فى نصفها خمسمائة وفى آخرها الباقى ، فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين فى كل سنة ستمائة ، أو مثل أن يحل عليه

---

(١) هذه العبارة لا توجد فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٦٤ ولا داعى لها (ف) .

نجم فيقول أخرنى به إلى كذ وأزيدك كذا فيحتمل أنه لا يجوز ، لأن الدَّين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التى فى مقابلته ، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة فى الدَّين للزيادة فى الأجل .

ويفارق المسألة الأولى من هذين الوجهين .

فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدَّين المؤجل حالا فلِمَ جاز فى المسألة الأولى ؟

قلنا : إنما جاز فى المسألة الأولى بالتعجيل فعلاً ، فإنه إذا دفع إليه الدَّين المؤجل قبل محله جاز ، وجاز للسيد إسقاط باقى حقه عليه. وفى هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسألة الأولى وهو ممتنع من وجه آخر ، لأن فى ضمن الكتابة : إنك متى أديت إلىّ كذا فأنت حر ، فإذا أدى إليه ذلك فينبغى أن يعتق .

فإن قيل : فإذا غير الأجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الأولى وجعلاها كتابة ثانية .

قلنا : لم يجر بينهما فسخ ، وإنما قصدا تغيير العوض والأجل على وجه لا يصح ، فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ، ويحتمل أن يصح ذلك كما فى المسألة الأولى . فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فإن له الرجوع ، وكذلك فى المسألة الأولى لو قال : أعجل لك مال الكتابة وتسقط عنى منه كذا ؟ فقال : نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدَّين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم ، وإنما له أن يؤديه قبل محله ، ولمن له الدَّين ترك قبضه فى محله وذلك إلى اختياره ، فإذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك .

٨٨٣٥ (فصــــل)

فإن صالح المكاتب سيده عما فى ذمته بغير جنسه ، مثل أن يصالحه عن النقود بحنطة أو شعير جاز ، إلا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل ، لأنه يكون بيع دَين بدَين . وإن صالحه عن الدراهم بدنانير ، أو عن الحنطة بشعير لم يجر التصرف قبل القبض ، لأن هذا بيع فى الحقيقة فيشترط له القبض فى المجلس. وقال القاضى : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقاً ، لأن هذا دَين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ، ولأنه دَين غير مستقر فهو كدَين السلم . وقال ابن أبى موسى : لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده ، فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده ، والأولى ماذكرناه ، ويفارق دَين الكتابة دَين السلم . فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا فى هذه المسألة فمفارقته لدَين السلم أعظم ، والله أعلم .

٨٨٣٦ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر ،

فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته ﴾ .

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه ، ويبقى سائره غير مكاتب ، فإذا فعل هذا فأعتق الذى لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ، ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ، ويكون المرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على ما بقى من كتابته ، لأن الرجوع عليه بقيمة ما أتلف ، وإنما أتلف مكاتباً . وإن كان المعتق معسراً لم يسر العتق على ما مضى فى باب العتق . وقال أبو بكر والقاضى : لا يسرى العتق فى الحال لكن ينظر . فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سرى العتق وقوّم عليه حينئذ ، لأن سراية العتق فى الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذى انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غيره .

وقال ابن أبى ليلى : عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع فى الكتابة ، فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب ، وإن عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له .

وأما مذهب الشافعى فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان ، فإذا كاتبه بإذن شريكه ثم أعتق الذى لم يكاتب فهل يسرى فى الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوّم عليه قيمة عدل[1] » وهذا داخل فى عمومه ، ولأنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه ، فسرى إلى باقيه كما لو كان قناً ، ولأن مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً ، فإنه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه ، فوجب أن يثبت .

وقولهم : إنه يفضى إلى إبطال الولاء .

قلنا : إذا كان العتق يؤثر فى إبطال الملك الثابت المستقر الذى الولاء من بعض آثاره ، فلأن يؤثر فى نقل الولاء بمفرده أولى ، ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم إليه ، فإذا انقل ولاءهم الثابت بإعتاق غيرهم ، فلأن ينقل ولاء لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى ، ولأنه نقل الولاء ثمّ عمن لم يغرم له عوضاً ، فلأن ينقله بالعوض أولى ، فانتقال الولاء فى موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن الولاء ثمّ ثابت ، وهاهنا بعرض الثبوت .

والثانى : أن النقل حصل ثمّ بإعتاق غيره ، وهاهنا بإعتاقه .

---

(١) سبق تخريجه (ف) .

والثالث : أنه انتقل ثَمّ بغير عوض ، وها هنا بعوض .

٨٨٣٧ (فصـــل)

وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه ، وكان نصيبه حراً وباقيه على الـكتابة ، فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما ، وإن عجز عاد الجزء المـكاتب رقيقاً قناً إلا على الرواية التى تقول : يستسعى العبد ، فإنه يستسعى عند عجزه فى قيمة باقيه ، ولا يستسعى فى حال الـكتابة ، لأن الـكتابة سعاية فيما اتفقا عليه ، فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم ، فإذا عجز وفسخت الـكتابة بطلت ورجع إلى السعاية فى القيمة والله أعلم .

٨٨٣٨ (فصـــل)

ونقل عن أحمد رضى الله عنه : أنه سئل عن عبد بين شريكين فـكاتباه على ألف درهم ، فأدى إليهما تسعمائة ؛ لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ، ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ، ثم إن أحدهما أعتق نصيبه ؟

قال : إن كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد ، لأنه عبد ما بقى عليه درهم ، ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود إلى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو بينهما . ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المائة على هذا ، ويكون الولاء على قدر ما أعتق . فالرواية الأولى توافق قول الخرقى ، فإنه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغى أن تجب نصف قيمته على الصفة التى عتق عليها ، وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته إلا مائة منها وهى عشرها ، وأما رواية حنبل ؛ فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر والقاضى : فى أنه لا يسرى العتق إلى الجزء المـكاتب لغيره . وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه ، والله أعلم .

٨٨٣٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا عجز المـكاتب ورد فى الرق وكان قد تصدق عليه بشىء فهو لسيده ﴾ .

وجملته : أن المكاتب إذا عجز وفى يده مال ورد فى الرق فهو لسيده ، سواء كان من كسبه أو من صدقة تطوع أو وصية . وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان :

إحداهما : هو لسيده ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال عطاء : يجعله فى السبيل أحب إلىّ ، وإن أمسكه فلا بأس .

الرواية الثانية : يؤخذ ما بقى فى يده فيجعل فى المـكاتبين ، نقلها حنبل ، وهو قول شريح والنخعى والثورى ، واختار أبو بكر والقاضى : أنه يرد إلى أربابه ، وهو قول إسحاق ، لأنه إنما دفع إليه ليصرف فى العتق ، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازى والغارم وابن السبيل .

ولنا : أن ابن عمر رد مكاتباً فى الرق فأمسك ما أخذه منه ، ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازى فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه ، وأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازى يأخذ لحاجتنا ، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسألتنا لا يرده .

٨٨٤٠ (فصــل)

وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال ، لأن المكاتب صرفه فى الجهة التى أخذه لها ، وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً ، فلم يزل ملكه عنه ، كما لو عتق المكاتب . ويفارق مافى يد المكاتب ، لأن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا . والخلاف فى ابتداء ثبوته وما تلف فى يد المكاتب لم يرجع عليه به ، سواء عجز أو أدى ، لأن ماله تلف فى يده ، فأشبه ما لو تلف ما فى يد سائر أصناف الصدقة . وإن اشترى به عرضاً وعجز والعوض فى يده ، ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه ، لأن العرض عوضه وقائم مقامه ، فأشبه ما لو أعطى الغازى من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحاً ثم فضل ذلك عن حاجته .

٨٨٤١ (فصــــل)

وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا ، لأن سيده يأخذ ما فى يده قبل حصول مقصود الكتابة . وإن أدى وبقى فى يده شىء فحكمه فى رده أو أخذه لنفسه حكم سيده فى ذلك عند عجزه ، لأن مالم يؤده فى كتابته بقى بعد زوالها ، وإن كان قد استدان ما أداه فى الكتابة وبقى عنده من الصدقة بقدر ما يقضى به دَينه لم يلزمه رده ، لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة ، فأشبه ما يحتاج إليه فى أدائها .

٨٨٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الآخر ﴾ .

لا خلاف فى أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد ، والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا ، فإذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه ، لأن التصرف صدر من أهله فى محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لسيدين ، فإذا عاد الثانى فاشترى الذى اشتراه لم يصح ، لأنه سيده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك مالكه ، لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه : أنا سيدك ولى عليك مال الكتابة تؤديه إلىّ ، فإن عجزت فلى فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقاً لى ، وهذا تناقض . وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها فى النكاح فهاهنا أولى ، ولأنه لو صح هذا لتقاص الدَّينان إذا تساويا وعتقا جميعاً .

فإذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والمبيع هاهنا باق على كتابته ، فإن أدى عتق وولاؤه موقوف ،

فإن أدى سيده كتابته كان له ، لأنه عتق بأدائه إليه ، فإن عجز فولاؤه لسيده ، لأن العبد لا يثبت له ولاء . ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه . هذا مقتضى قول القاضي . ومقتضى قول أبي بكر : أن الولاء لسيده ، لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ، وكذلك فيما إذا أعتق بإذن سيده أو كاتب عبده فأدى كتابته ، وهذا نظيره ، ويحتمل أن يفرق بينهما لكون العتق ثَمَّ بإذن السيد فيحصل الإنعام منه بإذنه فيه ، وهاهنا لا يفتقر إلى إذنه فلا نعمة له عليه ، فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده ، والله أعلم .

٨٨٤٣ (فصــــــل)

وإن لم يعلم السابق منهما ، فقال أبو بكر : يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما إلى كتابته ، لأن كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين ، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فأشكل الأول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان . وعلى قول أبي بكر : لا حاجة إلى الفسخ ، لأن النكاح إنما احتيج إلى فسخه من أجل المرأة فإنها منكوحة نكاحاً صحيحاً لواحد منهما يقيناً فلا يزول إلا بفسخ ، وفي مسألتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر إلى فسخ .

٨٨٤٤ (فصــــــل)

وإذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد ، مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف ، صح في قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق ، وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر لا يصح ، لأن العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة،وعوض كل منهم مجهول فلم يصح ، كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد .

ولنا : أن جملة العوض معلومة ، وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد . وعلى قول من قال : إن العوض يكون بينهم على السواء ، فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث ، وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة .

إذا ثبت هذا ، فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف ، ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد ، لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم ، فإذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق . وقال أبو بكر عبد العزيز : يتوجه لأبي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه ، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء .

ولنا : أن هذا عوض فتقسط على المعوض ، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً ، وكما لو اشترى عبيداً فرد

واحداً منهم بعيب ، أو أتلف أحدهم ورد الآخر ، ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض . إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق ؛ وهذا قول الشافعي .

وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكى ذلك عن أبي بكر ، وهو قول مالك ، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون ، واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً .

وقال أبو حنيفة : إن لم يقل لهم السيد إن أديتم[1] عتقتم ، فأيهم أدى حصته عتق ، وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء . وإن قال لهم : إن أديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ، ويكون بعضهم حميلا عن بعض ، ويأخذ أيهم شاء بالمال ، وأيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما .

ولنا : أنه عقد معاوضة مع ثلاثة ، فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشتروا عبداً ، وكما لو لم يقل لهم : إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة ، فإن قوله ذلك لا يؤثر ، لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول ، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ، ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ، فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ، ولا يصح القياس على كتابة الواحد ، لأن ما قدره في مقابلة عتقه ، وهاهنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا .

إذا ثبت هذا ، فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب : في الشرط رواية أخرى أنه صحيح ، وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة . وقال الشافعي رضي الله عنه : العقد والشرط فاسدان ، لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه ، لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط ، فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد . وقال مالك وأبو حنيفة : العقد والشرط صحيحان ، لأنه مقتضى العقد عندهما .

ولنا : أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال : إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ، ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه . ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ، فلا يلزم الضامن ، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ، ولأنه لا يملك

---

(١) في طبعة رشيد ١٢/٤٧٧ والمغنى ٩/٥١٦ (إن أديتهم) والصواب (إن أديتم) كما سيأتي في كلام الشارح نفسه (ف) .

الضمان عن حر ولا عمن ليس معه فى الكتابة ، فكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح ، لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة ، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٨٨٤٥ (فصـــــل)

إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته ، نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية حنبل،وكذلك إن أعتق بعضهم . وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه ، لأنه يضر بالباقين ، وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه ، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحداً منهم حتى يؤدى جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه .

٨٨٤٦ (فصـــــل)

فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح ، لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده . وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه ، وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه . وإن علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الآخر صح ، لأن قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الإذن فيه ، فجاز كما لو أذن فيه تصريحاً . وإن كان الأداء بعد أن عتق صح ،سواء علم السيد أو لم يعلم . فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا . فإن كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به ، وإن أداه محتسباً بالرجوع عليه وكان الأداء بإذن المؤدى عنه فهو فرض[1] يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه . وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه ، لأنه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه ، كما لو تصدق عنه صدقة تطوع ، وبهذا فارق سائر الديون . وإن كان بإذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون . وإذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون ، وهذا كله مذهب الشافعى .

٨٨٤٧ (فصـــــل)

ولا يصح ضمانة الحر لمال الكتابة وذكر القاضى فيه روايتين :

إحداهما : يصح ضمانه لأنه عوض فى معاوضة فصح ضمانه كثمن المبيع .

ولنا : ما ذكرناه من قبل ، ولا يصح قياسه على الثمن ، لأنه لازم وهذا غير لازم .

٨٨٤٨ (فصـــــل)

وإذا أدوا ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته : أدى كل واحد منا بقدر ما عليه فلا فضل لأحدنا على صاحبه ، وقال من قلت قيمته : أدينا على السواء فلى الفضل عليك أو يكون وديعة لى عند

(١) فى طبعة رشيد ١٢ / ٤٧٩ والفقى ٩ / ٥١٨ (فرض) بالفاء والصواب (قرض) بالقاف كما فى الشرح الكبير ١٢/٤٤٨(ف) .

سيدنا ، فالقول قول الأول،لأن الظاهر أن من عليه ، دين لا يؤدي أكثر منه ، فرجحت دعواه بذلك . فإن كان المؤدي أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة ، فالقول قول من يدعي التساوي ، لأنهم اشتركوا في أدائه ، فكانت أيديهم عليهم[1] ، فاستووا فيه ، كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه .

٨٨٤٩ (فصــــل)

وإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه . وقال مالك رضي الله عنه : يؤدون كلهم أرشه ، فإن عجزوا رقوا .

ولنا قول الله تعالى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى[2]) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا يَجْنِي جَانٍ إلاَّ عَلَى نَفْسِهِ[3] » ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ها هنا ، لأن مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص ، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمنفرد بعقده .

٨٨٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : (وإذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء ، فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل) .

أما الشرط : فباطل لا نعلم في بطلانه خلافاً ، وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كانت في بريرة ثلاث قَضِيَّاتٍ : أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « اشتريها واعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق »[4] متفق عليه .

وفي الحديث الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد ، فما بال ناس يشترطون

---

(١) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٠ والفقي ٩ / ٥١٨ (عليهم) والصواب (عليه) كما في الشرح الكبير ونصه ١٢ / ٤٤٩ (لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه) (ف) .

(٢) سورة الاسراء آية ١٥

(٣) أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن الأحوص (ف)

(٤) لفظ الحديث كما في صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٤٣ « عن عائشة قالت : كان في بريرة ثلاث قضيات : أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اشتريها وأعتقيها . فإن الولاء لمن أعتق . قالت : وعتقت . فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها . قالت : وكان الناس يتصدقون عليها وتهدي لنا ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو عليها صدقة وهو لكم هدية فكلوه »(ف) .

شروطا ليست فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه .

ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى[1] عن بيع الولاء وهبته وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لحمة كلحمة النسب ، فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ، ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ، ولا حكم البيع لغير العاقل[2] . وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرطه لبائعه أو لرجل آخر بعينه ، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط ، نص عليه أحمد رضى الله عنه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : يفسد به ، كما لو شرط عوضاً مجهولا . ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

ولنا : حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه ، وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف ، وهذا الشرط زائد ، فإذا حذفناه بقى العقد صحيحاً بحاله .

فإن قيل : المراد بقول النبى صلى الله عليه وسلم « اشترطى لهم الولاء » أى عليهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على ، كقول الله تعالى : ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾[3] أى فعليها .

قلنا : هذا لا يصح لوجوه ثلاثة .

أحدها : أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال .

والثانى : أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبى صلى الله عليه وسلم بشرط لا يقبلونه ؟

والثالث : أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط ، لأنه مقتضى العتق وحكمه .

والرابع : أن فى بعض الألفاظ « لا يمنعك[4] هذا الشرط منها ابتاعى واعتقى » وإنما أمرها النبى صلى الله عليه وسلم بالشرط تعريفاً لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

---

(١) نهى عن بيع الولاء وهبته أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن ابن عمر (ف) .

(٢) فى طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٠ والمغنى ٩/٥١٩ (العاقل) والصواب (العاقد) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٥٠ (ف) .

(٣) سورة الإسراء آية ٧

(٤) لفظ مسلم ج ٢ ص ١١٤٢ «لا يمنعك ذلك منها ابتاعى وأعتقى» (ف) .

٨٨٥١ (فصـــل)

وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في مواريثهم ، فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء ، منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإسحاق . وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح ، لأنه يخالف كتاب الله عز وجل ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، بقول النبي صلى الله عليه وسلم . قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه ، فلما مات المكاتب تخاصم ورثته إلى شريح ، فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته ، فقال الرجل : ما يغني عني شرطي منذ عشرين سنة ، فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله .

٨٨٥٢ (فصـــل)

وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز ، وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهري : لا يصح ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، أشبه مالو شرط ميراثه .

ولنا : أنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ، ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العتق ، ولأنه شرط نفعاً معلوماً أشبه ما لو شرط عوضاً معلوماً . ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد ، فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه

٨٨٥٣ (فصـــل)

وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف ، وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ، ويعتق عند أدائه ، لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح ، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر دَيناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به .

٨٨٥٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده فأحب أخذه أخذه بما اشتراه فهو على كتابته ، وإن لم يحب أخذه فهو على ملك مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه لمن يؤدي إليه ﴾ .

وجملته : أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها . فإن أخذ في الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء ، وكان على كتابته كمن لم يؤسر . وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين ، أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن

سيده أحق به بالثمن الذى ابتاعه به ، وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال ، فيخرج فى المشترى مثل ذلك ، وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته ، وإن تركه فهو فى يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته ، فيعتق بالأداء فى الموضعين ، وولاؤه لمن يؤدى إليه كما لو اشتراه من سيده .

وقال أبو حنيفه والشافعى رضى الله عنهما : لا يثبت عليه ملك الكفار ، ويرد إلى سيده بكل حال . ووافق أبو حنيفة والشافعى فى المكاتب والمدبر خاصة ، لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما ، فأشبها أم الولد. وقد تقدم الكلام فى الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوماً لا يستحق صاحبه أخذه بغير شىء ، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفى أن المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغنى عن إعادته ها هنا .

٨٨٥٥ (فصـــــل)

وهل يحتسب علية بالمدة التى كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يحتسب عليه بها ، لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب فى هذه المدة ، فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه ، كما لو حبسه سيده . فعلى هذا ينبنى على ما مضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد .

والثانى : يحتسب عليه بها، لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده ، فاحتسب عليه بها كما لو مرض، ولأنه مدين مضت مدة من أجل دَينه فى حبسه، فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء ، وفارق ما إذا حبسه سيده بما سنذكره إن شاء الله تعالى . فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته ، وإن حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق . وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال فى وقته ، فأشبه ما لو كان حاضراً . يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر إحضاره وأداؤه فى مدة قريبة لكان لسيده الفسخ ، فالمال ها هنا إما معدوم وإما غائب يتعذر أداؤه ، وفى كلتا الحالتين يجوز الفسخ .

الثانى : ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم ، لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أله مال أم لا ؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه ، فإن أدّى وإلا فقد عجز نفسه . فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خاص المكاتب فادعى أن له مالاً فى وقت الفسخ بفى بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أداؤه لأنه إذا كان متعذر الأداء كان وجوده كعدمه .

٨٨٥٦ (فصـــــل)

وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ، ولا يحتسب عليه بمدته فى أحد الوجوه .

والثاني : يحتسب عليه بمدته ، لأن مال الكتابة دين مؤجل ، فيحتسب بمدة الحبس من الأجل كسائر الديون المؤجلة . فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها ، والأول أصح ، لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته ، فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ، ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق ، ولأن عجزه عن أداء نجومه في محلها بسبب من سيده ، فلم يستحق به فسخ العقد ، كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع . ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها لم يستحق فسخ العقد ، كذا هاهنا .

الوجه الثالث : أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها ، لأنه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعهما .

٨٨٥٧ (فصـــــل)

وإذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية ، لأن الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي ، فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه ، لأنه تبرع من جهته ، فإنه بيع ماله بماله ، فإن خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ، ذكره القاضي ، لأنه نماء ماله وفائدته ، ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ، ثم ينظر ، فإن عين مال الكتابة كاتبوه عليه ، سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر ، فإن لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به ، والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته لكونه دينها مؤجلا ، ويجب رد ربعه إليه ويعتبر في ذلك رضى العبد ، لأن الكتابة لا تلزمه ولا يجوز إجباره عليها ، بخلاف ما لو وصى بعتقه فإنه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه ، فإن رد الوصية بطلت ، فإن عاد فطلبها لم تلزمه إجابته إليها ، لأن وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال ، وإن لم يكن ردها وجبت إجابته إليها ، وإذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصي بكتابته كما لو وصى بعتقه . فإن عجز فللوارث رده في الرق .

وإن لم يخرج من الثلث فإنه يكاتب منه ما خرج من الثلث

وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا تخرج من الثلث تحاصوا في الثلث ، وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية . ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق ، لأن الكتابة مقصودها العتق وتفضي إليه ، ويحتمل أن لا تقدم بحال ، لأن العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة ، وإفضاؤها إلى العتق لا يوجب تقديمها ، كما لو وصى لرجل بابنه فإنه لا يقدم مع أن القصد بوصيته العتق ويفضي إليه .

٨٨٥٨ (فصـــــل)

فإن قال : كاتبوا أحد رقيق ، فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة،وإن قال : أحد عبيدى فـكذلك ، إلا أنه ليس لهم مكاتبة أمَة ولا خنثى مشكل ، لأنه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمَة ، وإن قال : أحد إمائى ، فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلا فلهم مكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد عبيدى ، وإن كان أنثى فلهم مكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد إمائى ، لأن هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الـكتابة والله أعلم .

٨٨٥٩ (فصـــــل)

والـكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول ، أو عوض حال أو محرم كالخمر والخنزير ، فأما إن شرط فى الـكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها لـكن يلغو الشرط وتبقى الـكتابة صحيحة ، ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وهذا مذهب الشافعى .

وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله ما يدل على أن الـكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها ، وهو اختيار أبى بكر ، فإنه قد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تـكن الـكتابة محرمة ، فحـكم بالعتق بالأداء إلا فى المحرمة .

واختار القاضى أنه يعتق بالأداء كسائر الـكتابات الفاسدة ، ويمكن حمل كلام القاضى على ما إذا جعل السيد الأداء شرطاً للعتق فقال : إذا أديت إلىّ فأنت حر ، فأدى اليه فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالـكتابة ، ويثبت فى هذه الـكتابة حكم الصفة فى العتق بوجودها لا بحكم الـكتابة ، وأما غيرها من الـكتابة الفاسدة فإنها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام :

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه ، سواء صرح بالصفة فقال : إن أديت إلىّ فأنت حر أو لم يقل ، لأن معنى الـكتابة يقتضى هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالـكتابة الصحيحة .

الثانى : أنه إذا عتق بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه ، ولم يرجع على سيده بما أعطاه . ذكره أبو بكر ، وهو ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه ، وقال الشافعى رضى الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه ، فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد، ويأخذ ذو الفضل فضله،لأنه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد.

ولنا : أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالأداء فلم يجب التراجع فيها ، كما لو كان العقد صحيحاً ، ولأن ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذى لم يملك كسبه ، فلم يجب عليه رده ، والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر .

وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ مالا يستحقه ودفع إلى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفى مسألتنا بخلافه .

الثالث : أن المكاتب يملك التصرف فى كسبه ، لأن عقد الكتابة تضمن الإذن فى ذلك ، وله أخذ الصدقات والزكوات ، لأنه مكاتب يعتق بالأداء فملك ذلك كما فى الكتابة الصحيحة .

الرابع : أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة ، فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال : إنه يعتق فى الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال : لا يعتق فى الصحيحة إلا أن يؤدى الجميع فهاهنا أولى . وتفارق الصحيحة فى ثلاثة أحكام:

أحدها : أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها ، سواء كان ثم صفة أو لم تكن ، وهذا قول أصحاب الشافعى رضى الله عنه ، لأن الفاسد لا يلزم حكمه ، والصفة هاهنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها ، لأن المعاوضة هى المقصودة،فلما أبطل المعاوضة التى هى الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة، ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى ، فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الكتابة الصحيحة ، فإن العوض سلم له فكان العقد لازماً له .

الثانى : أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك ، لأن المال غير ثابت فى العقد بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة فى قوله : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر .

الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدى إليه شيئاً من الكتابة ، لأن العتق هاهنا بالصفة المجردة ، فأشبه مالو قال : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر . واختلف فى أحكام أربعة :

أحدها : فى بطلان الكتابة بموت السيد ، فذهب القاضى وأصحابه إلى بطلانها ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه ، لأنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ، ولأن الغالب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت ، فكذلك هذه الكتابة . وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ويعتق بالأداء إلى الوارث ، وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد فيعتق بالأداء إلى الوارث ، كما فى الكتابة الصحيحة ، ولأن الفاسدة كالصحيحة فى باب العتق بالأداء ، وفى أن الولد يتبعه فكذلك فى هذا .

والثانى : فى بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه . والخلاف فيه كالخلاف فى بطلانها بموته،والأولى أنها لا تبطل هاهنا ، لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك ، والغالب فى هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا

تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق ، وعلى قول من أبطلها لا يعتق .

الثالث : أن مافي يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الأداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة ، وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده في الموضعين ، لأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل ، والعقد هاهنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته ، فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة ، وهي لا تثبت الملك له في كسبه فكذا هاهنا ، وفارقت الكتابة الصحيحة ، فإنها تثبت الملك في العوض فأثبتته في المعوض .

الرابع : هل يتبع المكاتبة ولدها ؟ قال أبو الخطاب فيه وجهان :

أحدهما : يتبعها لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة .

والثاني : لا يتبعها وهو أقيس وأصح لما ذكرنا في الذي قبله ، ولأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص ، وما وجد واحد منهما ، ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم ، فيبقى على الأصل ، والله أعلم .

كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه . ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الإماء ، لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ)[1] .

وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبي صلى الله عليه وسلم ، وهي أم إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم التي قال فيها « أعتقها[2] ولدها » .

وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام سرية إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام .

وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد ، أوصى لكل واحدة منهن بأربعمائة .

وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ؛ ولكثير من الصحابة .

وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد .

وروى أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد فرغب الناس فيهن ، وروى عن سالم بن عبد الله قال : كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها،وكانت امرأته ترصده ، فخلا البيت فوقع عليها فندرت[3] به امرأته وقالت :أفعلتها[4]؟قال مافعلت ،قالت : فاقرأ إذاً ، فقال :

شَهِدْتُ بأن وعدَ الله حق ... وأن النار مثوى الكافرينا

وأن العرش فوق الماء طَافٍ ... وفوق العرش ربُّ العالَمينا

وتحمله ملائكة شدادٌ ... ملائكة الإله مُسَوَّمينا

قالت أما إذ قرأت[5] فاذهب إذاً . فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره قال : فلقد رأيته يضحك حتى

(١) سورة المؤمنون الآية ٥ ، ٦

(٢) أخرجه ابن ماجة والدارقطني عن ابن عباس . (ف)

(٣) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٨ والشرح الكبير وطبعة المنار ٩ / ٥٢٨ (فندرت به امرأته) بالدال المهملة والصواب بالذال المعجمة . و (نذرت) بكسر الذال معناها علمت . (ف)

(٤) في طبعة رشيد ١٢/٤٨٨ والمنار ٩/٥٢٨ (أفعلها) والصواب (أفعلتها ؟) كما في الشرح الكبير ١٢/ ٤٨٨ . (ف)

(٥) هذه الواقعة ذكرها ابن عبد البر في الاستيعاب ج ٣ ص ٩٠١ وذكرها جمع الجواهر ص٢٨وشرح=

تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك .

٨٨٦٠ (فصـــــل)

فإذا وطيء الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه ، وصارت له بذلك أم ولد، وإن أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، بدليل ماروى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتي بها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهمّ برجمها ، فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك إن الله يقول (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)[1] فقد يكون في البطن ستة أشهر، والرضاع أربعة وعشرون شهراً ، فذلك تمام ماقال الله تعالى[2] (ثَلَاثُونَ شَهْرًا) فخلا عنها عمر ، وروى عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان .

ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال « حصنوا هذه الولائد ، فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمته إياه » رواه سعيد

وعن ابن عمر قال : قال عمر « أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده» رواه سعيد أيضاً

ولأن أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة . ولقوله صلى الله عليه وسلم « الولد[3] للفراش» .
وإن نفاه سيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعي أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك .
وهل يحلف على ذلك ؟ على وجهين . وقد روى عن الحسن قال : إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك .
وعن الشعبي أنه كان يقول : ينتفي من ولده إذا كان من أمته متى شاء .

ولنا : قول عمر ، وأنه ولد على فراشه ، فلم يكن له نفيه كولده من زوجته ، فإن أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لا نعلم فيه خلافاً .

قال إبراهيم : إذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه ، فإن انتفى منه ضرب الحد وألحق به الولد .

وقال شريح : الرجل أقر بولده لاسبيل لك أن تنتفي منه ، وكذلك إن هنيء به فسكت أو أمن على الدعاء ، لأنه دليل على الرضا به ، فقام مقام الإقرار به .

وإن كان يطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك ، لما روى أبو سعيد أنه قال : يارسول

= العقائد الطحاوية ص٢١٦ طبعة القاهرة وص ٢٤٩ طبعة دمشق ولوامع الأنوار البهية ج ١ ص١٩٢ والأذكياء ص ١٦ غير أنه ذكر أبياتاً أخرى. وقد قال ابن عبد البر «رويناه من وجوه صحاح» لكن الذهبي بذل جهده ولم يذكر لها سنداً واحداً غير منقطع، وألفاظها مختلفة . (ف)

(١ ، ٢) سورة الأحقاف الآية ١٥

(٣) أخرجه الشيخان وأبو داود والنسائي وابن ماجة عن عائشة . (ف)

الله إنا نصيب النساء ونحب[1] الأثمان ، أفنعزل عنهن ؟ فقال « إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » .

وعن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « إن لى جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل ، فقال : اعزل عنها إن شئت ، فإنه سيأتيها ماقدر لها . قال : فلبث الرجل ثم أتاه فقال : إن الجارية قد حملت ، فقال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ماقدر لها » رواه أبو داود .

وعن أبى سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتى فولدت أحب الخلق إلىّ ، يعنى ابنه .

وعن ابن عمر أن عمر قال : مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن ، لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا [2] .

ولأنها بالوطء صارت فراشاً . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » .

ولما تنازع عَبْدُ بنُ زَمْعَةَ وَسَعْدٌ فى ابن وَلِيدَةِ زَمْعَةَ ، فقال عبد : هو أخى وابن وَلِيدَةِ أبى وُلد على فراشه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجَرُ[3] » متفق عليه .

---

(١) فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٠٩ « أخبر أبو سعيد الخدرى أنه بينما هو جالس عند النبى صلى الله عليه وسلم قال [رجل] يا رسول الله إنا نصيب سبياً فنحب الأثمان فكيف ترى فى العزل ؟ فقال : أو أنكم تفعلون ذلك لا عليكم أن لا تفعلوا ذلكم فإنها ليست نسمة كتب الله أن تخرج إلا هى خارجة » اهـ من باب بيع الرقيق . قال القسطلانى ج ٤ ص ١١٠ « إنا نصيب سبياً : أى نجامع الإماء المسبيات ، فنحب الأثمان : أى فنعزل الذكر عن الفرج وقت الإنزال حتى لا ننزل فيه دفعاً لحصول الولد المانع من البيع » . (ف)

(٢) رواه الشافعى . (ف)

(٣) أخرجه الشيخان ولفظ مسلم ج ٢ ص ١٠٨٠ « عن عائشة أنها قالت : اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى غلام فقال سعد : هذا . يا رسول الله ! ابن أخى ، عتبة بن أبى وقاص . عهد إلى أنه ابنه أنظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخى ، يا رسول الله ! ولد على فراش أبى . من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال « هو لك يا عبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبى منه يا سودة بنت زمعة » اهـ

قوله « الولد للفراش » معناها إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشاً له ، فلو أتت بولد لمدة الإمكان منه لحقه الولد وصار ولداً يجرى بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة سواء كان موافقاً له فى الشبه أم مخالفاً ومدة إمكان كونه منه ستة أشهر من حين إمكان اجتماعهما .

وقوله « للعاهر الحجر » العاهر : الزانى . له الحجر : أى له الخيبة ولا حق له فى الولد .

ولأنه قد يسبق من الماء مالا يحس به فيخلق منه الولد .

وقد روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت مايدل على أن الولد لايلحق به مع العزل . فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يعزل عن جارية له ، فجاءت بحمل ،فشق عليه وقال اللهم لاتلحق بآل عمر من ليس منهم فإن آل عمر ليس بهم خفاء ، فولدت ولداً أسود ، فقال : ممن هو ؟ فقالت : من راعي الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال : إنما كنت استطبت نفسك ولا أريدك ، وفي رواية قال : ممن حملت ؟ قالت منك فقال كذبت وما وصل إليك مني مايكون منه الحمل وما أطؤك إلا أني استطبت نفسك .

وقال الثوري وأبو حنيفة : لاتصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك ولنا ماذكرناه . وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها .

٨٨٦١ (فصـــــل)

وإن اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج ، فقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه يلحقه ولدها وتصير فراشاً بهذا ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضى الله عنه ، ولأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج .

والصحيح في هذا إن شاء الله تعالى أنها لاتصير بهذا فراشاً ، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ، ولا يثبت الحكم إلا بدليل ، ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه . إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به في ملكه فالولد حر الأصل لاولاء عليه ، وتصير به الأمة أم ولد .

٨٨٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وأحكام أمهات الأولاد أحكام الإماء في جميع أمورهن إلا أنهن لا يبعن ﴾ .

وجملة ذلك : أن الأمة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد ، وحكمها حكم الإماء في حل وطئها لسيدها ، واستخدامها ، وملك كسبها ، وتزويجها ، وإجارتها ، وعتقها ، وتكليفها وحدها ، وعورتها ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك أنه لا يملك إجارتها وتزويجها ، لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإجارتها كالحرة .

ولنا : أنها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإجارتها كالمدبرة ، ولأنها مملوكة تعتق بموت سيدها ، فأشبهت المدبرة . وإنما منع بيعها لأنها استحقت أن تعتق بموته ، وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والإجارة . وينتقض دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فإنها تخالف الأمة القن في أنها

تعتق بموت سيدها من رأس المال ، ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ، ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ، ولا تورث لأنها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها . روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء .

وروى عن على وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن ، وإليه ذهب داود . قال سعيد : حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس فى أم الولد قال : بعها كما تبيع شاتك أو بعيرك ، قال:وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبى عن عبيدة قال : خطب عَلِىٌّ الناس فقال شاورنى عمر فى أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن ، فقضى به عمر حياته وعثمان حياته ، فلما وليت رأيت أن أرقهن . قال عبيدة : فرأى عمر وعلى فى الجماعة أحب إلينا من رأى على وحده .

وقد روى صالح بن أحمد قال : قلت لأبى إلى أى شىء تذهب فى بيع أمهات الأولاد ؟ قال:أكرهه . وقد باع على بن أبى طالب رضى الله عنه . وقال فى رواية إسحاق بن منصور : لا يعجبنى بيعهن ، قال أبو الخطاب : فظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة ، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضى الله عنه . والصحيح أن هذا ليس رواية مخالفة لقوله إنهن لا يبعن ، لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ، ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به فى سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ، ولا يجعل ذلك اختلافاً .

ولمن أجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال : « بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، فلما كان عمر رضى الله عنه نهانا فانتهينا » رواه أبو داود . وما كان جائزاً فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز فى عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن النص إنما ينسخ بنص مثله . وأما قول الصحابى فلا ينسخ ولا ينسخ به ، فإن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يتركونها بأقوالهم . وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ، ولو بلغه لم يعده إلى غيره ، ولأنها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ، ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من أبيه فى نكاح أو غيره ، ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما فى معنى ذلك فوجب البقاء عليه . ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه .

وروى عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل فى سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد : حدثنا سفيان حدثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها فى دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له ، فقال : إن كان ولابد فاجعلوها فى نصيب أولادها .

ولنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة ولدت[1] من سيدها فهى حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أعتقها ولدها » رواهما ابن ماجة .

وذكر الشريف أبو جعفر فى مسائله عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد[2] ولا يُبَعْنَ وَلا يُرْهَنَّ ولا يرثن ، ويستمتع بها سيدها ما بدا له ، فإن مات فهى حرة . وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم بدليل قول على كرم الله وجهه : كان رأيى ورأى عمر أن لا تباع أمهات الأولاد، وقوله: فقضى به عمر حياته وعثمان حياته، وقول عبيدة : رأى على كرم الله وجهه وعمر فى الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده .

وروى عكرمة عن ابن عباس : قال عمر رضى الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ثم يموت إلا أعتقها ولدها إذا ولدت وإن كان سقطاً .

فإن قيل : فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة على وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهما ؟

قلنا : قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة ، فقد روى عبيدة قال : بعث إلىّ علىٌّ كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فإنى أبغض الاختلاف . وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها ، وهو الراوى لحديث عتقهن عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن عمر ، فيدل على موافقته لهم .

ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته . ولو جاز ذلك فى بعض العصر لجاز فى جميعه ، ورأى الموافق فى زمن الاتفاق خير من رأيه فى الخلاف بعده ، فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره .

---

(١) عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة ولدت من سيدها فإنها حرة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته » أخرجه ابن ماجة والحاكم والدارقطنى ولفظ المغنى،رواه أحمد عن ابن عباس ورواه الدارقطنى ج ٤ ص ١٣١ . (ف)

(٢) فى سنن الدارقطنى ج ٤ ص ١٣٤ « عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال : لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً فإذا مات فهى حرة » .

ومنه يؤخذ أن المغنى أسقط كلمة [وقال] قبل (لا يبعن) وكذلك يؤخذ أن كلمة (ولا يرهن) محرفة صوابها (ولا يوهبن) . (ف)

فإن قيل : فلو كان الاتفاق فى بعض العصر إجماعاً حرمت مخالفته ، فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟

قلنا : الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون ، وهذا من المظنون ، فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ، ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة ، كذا هاهنا .

فأما قول جابر : بعنا أمهات الأولاد فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا علم أبى بكر ، فيكون ذلك واقعاً من فعلهم على انفرادهم ، فلا يكون فيه حجة ، ويتعين حمل الأمر على هذا ، لأنه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما . ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتهما ويحرمون ما أحلا من هذا ؟ ولأنه لو كان ذلك واقعاً بعلمهما لاحتج به علىّ حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شىء من هذا ، فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذاً حجة ، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد فى النكاح لا فى الملك .

٨٨٦٣ (فصـــل)

ومن أجاز بيع أم الولد ، فعلى قوله إن لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقى من ميراثه ، وإن لم يبق شىء فلا شىء له . وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة ، إلا على قول من قال : إنه إذا ورث سهماً ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه .

٨٨٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أصاب الأمة وهى فى ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له بيعها ﴾ .

وجملته : أنه إذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبلها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصر أم ولد له بذلك سواء ملكها حاملا فولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتها ، وبهذا قال الشافعى رضى الله عنه ، لأنها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق . وإنما خولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه فى ملكه بقول الصحابة رضى الله عنهم ، ففيما عداه يبقى على الأصل .

ونقل القاضى ابن أبى موسى عن أحمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد فى الحالين ، وهو قول الحسن وأبى حنيفة ، لأنها أم ولده وهو مالك لها ، فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت فى ملكه ، ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما إذا ملكها بعد ولادتها ، إنما نقل عنه التوقف عنها فى رواية مهنا فقال : لاأقول فيها شيئاً وصرح فى رواية جماعة سواه بجواز بيعها فقال : لاأرى بأساً أن يبيعها ، إنما الحسن وحده قال : إنه أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون : لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، فإن عبيدة السلمانى يقول : نبيعها ، وشريح وإبراهيم وعامر والشعبى .

وأما إذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد ، وهو مذهب مالك رضى الله عنه ، لأنها ولدت منه فى ملكه ، فأشبه ما لو أحبلها فى ملكه ، وقد صرح أحمد رضى الله عنه فى رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا . وروى عنه ابنه صالح قال : سألت أبى عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها، قال : لا تكون أم ولد له ، قلت : فإن استبرأها وهى حامل منه ، قال : إذا كان الوطء يزيد فى الولد وكان يطأها بعد ما اشتراها وهى حامل منه كانت أم ولد له . قال ابن حامد : إن وطئها فى ابتداء حملها أو توسطه كانت بذلك أم ولد له ، لأن الماء يزيد فى سمع الولد وبصره .

وقال القاضى : إن ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد له ، وإن وطئها حال حملها نظرنا ، فإن كان بعد أن كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر به أم ولد ، وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد ، لأن عمر رضى الله عنه قال : أبعد ما اختلطت[1] دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن ؟ فعلل بالمخالطة ، والمخالطة هاهنا حاصلة ، لأن الماء يزيد فى الولد ، ولأن لحرية البعض أثراً فى تحرير الجميع ، بدليل ما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد .

وقال أبو الخطاب : إن وطئها بعد الشراء فهى أم ولد . وكلام الخرقى يقتضى أنها لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه فى ملكه ، وهو الذى نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية إسحاق بن منصور فقال :

---

(١) أخرج عبد الرازق فى رواية له عن عمر بن ذر قال : «حدثنى محمد بن عبيد الله الثقفى أن أبانا اشترى جارية بأربعة آلاف قد أسقطت لرجل سقطا، فسمع عمر بن الخطاب بذلك، فأرسل إليه وكان صديقاً له فلامه لوماً عديداً وقال : والله إن كنت لأنزهك عن هذا أو مثل هذا،قال : وأقبل على الرجل ضرباً بالدرة وقال : الآن حين اختلطت لحومكم ولحومهن ودماؤكم ودماؤهن تبيعونهن تأكلون أثمانهن قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها. اردده، قال : فرددتها وأدركت من مالى ثلاثة آلاف درهم » تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٣٤ . (ف)

لا تـكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا ، لأنها لم تعلق منه بحر ، فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ثم اشتراها .

يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده ، فلأن لا يفيدها الحرية أولى . ويفارق هذا ما إذا حملت منه فى ملـكه ، فإن الولد حر فيتحرر بتحريره . وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن ، فإن هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل أنه لم يزد فلا يثبت الحـكم بالشك ، ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحـكم بهذه الزيادة ، بدليل ما لو ملـكها وهى حامل من زنا منه أو من غيره فوطئها لم تصر أم ولد ؛ وإن زاد الولد به ، ولأن حكم الاستيلاد إنما يثبت بالإجماع فى حق من حملت منه فى ملـكه وما عداه ليس فى معناه ، وليس فيه نص ولا إجماع ، فوجب أن لا يثبت هذا الحـكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على ما كان عليه .

٨٨٦٥ (فصـــل)

قال أحمد رضى الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها ، فإن الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه ، ولـكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد فى الولد .

وقد روى عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه مر بامرأة مُجِحٍّ[1] على باب فُسْطَاط فقال : لعله يريد أن يلم[2] بها ؟ . قالوا : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه فى قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ أم كيف يستخدمه[3] وهو لا يحل له ؟ » رواه أبو داود ، يعنى إن استلحقه وشركه فى ميراثه لم يحل له ، لأنه ليس بولده ، فإن اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له ، لأنه قد شرك فيه لـكون الماء يزيد فى الولد .

٨٨٦٦ (فصـــل)

وإذا وطىء الرجل جارية ولده ، فإن كان قد قبضها وتملـكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملـكها الأب بذلك وصارت جاريته ، والحـكم فيها كالحـكم فى جاريته التى ملـكها بالشراء . وإن وطئها قبل تملـكها فقد فعل محرماً، لأن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ. فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)[4] وهذه ليست زوجاً له ولا ملك يمينه .

---

(١) الحديث رواه أبو داود ج ١ ص ٤٩٧ « مجح » : بضم الميم وكسر الجيم بعدها حاء مهملة مشددة : حامل قاربت الولادة ، وقد ذكرت محج بتقديم الحاء على الجيم خطأ هنا فى ج ٨ ص ١٥٢ (ف)

(٢) يلم بها : يطؤها . (ف)

(٣) فى رواية أبى داود الطيالسى (وكيف يسترقه وهو لا يحل له) . (ف) (٤) سورة المؤمنون الآية ٥ ـ ٧

فإن قيل : فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال الإبن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق ، فدل على أنه ملكه .

قلنا : لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك ، بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك ، وأضاف إليه ماله فى حالة إضافته إلى الولد ، ولا يكون الشيء مملوكا لمالكين حقيقة فى حال واحدة ، وقد يثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه ، والتصرف فى ماله ، وصحة بيعه وهبته وعتقه ، ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له ، ولو كان ماله لاختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ، ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولاجهاد بيسار ابنه ، فعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله فى بعض الأحكام .

إذا ثبت هذا فإنه لاحد على الأب للشبهة ، لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعزر ، لأنه وطىء جارية لا يملكها وطئاً محرماً ، فكان عليه التعزير كوطء الجارية المشتركة . وفيه وجه آخر لا يعزر عليه ، لأن مال ولده كماله ، ولا يصح ، لأن ماله مباح له غير ملوم عليه ، وهذا الوطء هو عَادٍ فيه مَلُومٌ عليه ، وإن علقت منه فالولد حر لأنه من وطء درىء فيه الحد لشبهة الملك ، وكان حراً كولد الجارية المشتركة ، ولا تلزمه قيمته ، لأن الجارية تصير ملكاً له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهى ملك له ، وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه ، فيحل له وطؤها بعد ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : لا تصير أم ولد له ولا يملكها ، لأنه استولدها فى غير ملكه فأشبه الأجنبى ، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته ، وهذه ليست مملوكة له ولا فى معنى مملوكته ، فإنها محرمة عليه ، فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على الأصل ، ولأن الوطء المحرم لا ينبغى أن يكون سبباً للملك الذى هو نعمة وكرامة ، لأنه يفضى إلى تعاطى المحرمات .

ولنا : أنها علقت منه بحر لأجل الملك ، فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة ، وفارق وطء الأجنبى فى هذا . إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها .

وقال أبو حنيفة : لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها ، لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه ما لو قتلها ، وإنما لم يلزمه مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع فى ضمانها ، فلم يضمنه ثانياً ، كما لو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها ، فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد .

وقال الشافعى : يلزمه مهرها لأنه وطىء جارية غيره وطئاً محرماً فلزمه مهرها كالأجنبى ، وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد ، كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت[1] ومالك لأبيك » ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ، ولأنه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لأمر لا يختص ببعضها ، فأشبه استيلاد مملوكته .

٨٨٦٧ (فصــــل)

فإن كان الولد قد وطىء جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها ، فقد روى عن أحمد رضى الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه إن كان الأب قابضاً لها ولم يكن الإبن وطئها فهى أم ولده وليس للإبن فيها شىء .

قال القاضي : فظاهر هذا أن الإبن إن كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلادها ، لأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه لها ، ولا تحل له بحال ، فأشبه وطء الأجنبى ، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته . فأما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاد من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التى وطئها ابنه، فإنها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأبيد فكذلك هاهنا ، وذلك لأنه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك ، فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الإبن .

٨٨٦٨ (فصل)

وإن وطىء الإبن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ، ولا تصير أم ولد له ، ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده ، لأنه ابن ابنه إذا قلنا إن ولده من الزنا يعتق على أبيه ، وتحرم الجارية على الأب على التأبيد ، ولا تجب بسبب قيمتها على الإبن ، لأنه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع ، فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه ، لأنه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له ، لأنه استولد مملوكته ، فأشبه ما لو وطىء أمته المرهونة .

٨٨٦٩ (فصل)

وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرماً ولا حد عليه ، لأنها مملوكته ويعزر ، قال أحمد رضى الله عنه : يجلد ولا يرجم ، يعنى أنه يعزر بالجلد ، لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصناً ، فإن أولدها صارت أم ولده ، لأنه استولد مملوكته ، وتعتق بموته ، وولده حر ، وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

٨٨٧٠ (فصل)

ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها ، فإن وطئها فلا حد عليه فى أصح

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن جابر . (ف)

الروايتين ، لأنها مملوكته ويعزر ، فإن ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهى أم ولده . وكذلك لو ملك أمَة مجوسية أو وثنية فاستولدها ، أو ملك الكافر أمَة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ، ويلحقه نسب ولده ، وتصير أم ولد له تعتق بموته لما ذكرنا ، وكذلك لو وطىء أمَته المرهونة أو وطىء رب المال أمَة من مال للمضاربة فأولدها ، صارت له بذلك أم ولد ، وخرجت من الرهن والمضاربة ، وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهناً أو توفية[1] عن دَين الرهن ، وتنفسخ المضاربة فيها . وإن كان فيها ربح جعل الربح فى مال المضاربة ، والله أعلم .

٨٨٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا علقت منه بحر فى ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الإنسان كانت له بذلك أم ولد ﴾ .

ذكر الخرقى لمصيرها أم ولد شروطاً ثلاثة :

أحدها : أن تعلق منه بحر ، فأما إن علقت منه بمملوك ، ويتصور ذلك فى الملك فى موضعين :

أحدهما : فى العبد إذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك ، فإنه إذا وطىء أمَته واستولدها فولده مملوك ، ولا تصير الأمَة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك ، وسواء أذن له سيده فى التسرى بها أو لم يأذن له .

والثانى : إذا استولد المكاتب أمَته فإن ولده مملوك له ، وأما الأمَة : فإنه لا تثبت لها أحكام أم الولد فى العتق بموته فى الحال ، لأن المكاتب ليس بحر ، وولده منها ليس بحر ، فأولى أن لا تتحرر هى ، ومتى عجز المكاتب وعاد إلى الرق ، أو مات قبل أداء كتابته فهى أمَة قن كأمَة العبد القن ، وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ فيه اختلاف ، ذكر القاضى فى موضع : أنه لا يثبت فيها شىء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لأنها علقت بمملوك فى ملك غير تام فلم يثبت لها شىء من أحكام الاستيلاد كأمَة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها ، فإن عتق صارت له أم ولد تعتق بموته ، فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرية ، وقد نص أحمد رضى الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقى يحتمل الوجهين جميعاً .

الشرط الثانى : أن تعلق منه فى ملكه ، سواء كان من وطء مباح أم محرم مثل الوطء فى الحيض أو النفاس أو الصوم أو الإحرام أو الظهار أو غيره ، فأما إن علقت منه فى غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد ،

---

(١) (أو توفية عن دين الرهن) هكذا فى نسخ المغنى وفى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٠٠ (أو يوفيه عن دين الرهن) .

سواء علقت منه بمملوك ، مثل أن يطأها فى ملك غيره بنـكاح أو زنا ، أو علقت بحر ، مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة ، وتزوجها على أنها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة ، فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد فى هذه المواضع بحال . وفيه وجه آخر أنه إن ملـكها بعد ذلك صارت أم ولد ، وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك فى المسألة التى قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط هاهنا ثبوت الحـكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفائها فيذكر فى مسائل مفردة لها .

الشرط الثالث : أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تخطيط ، سواء وضعته حياً أو ميتاً ، وسواء أسقطته أو كان تاماً ، قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطاً ، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال : أعتقها ولدها وإن كان ولدها سقطا . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله أم الولد إذا أسقطت لاتعتق ؟ فقال إذا تبين فيه يد أو رجل أو شيء من خلقه فقد عتقت ، وهذا قول الحسن والشافعى . وقال الشعبى : إذا تلبث فى الخلق الرابع فـكان مخلقاً انقضت به عدة الحرة وأعتقت به الأمة ولا أعلم فى هذا خلافاً بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما إن ألقت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من أحكام الولادة ، لأن ذلك ليس بولد .

وروى يوسف بن موسى أن أبا عبد الله قيل له ، ما تقول فى الأمة إذا ألقت مضغة أو علقة ؟ قال : تعتق ، وهذا قول إبراهيم النخعى ، وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمى ، فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية تعلقت بها الأحكام ، لأنهن اطلعن على الصورة التى خفيت على غيرهن ، وإن لم يشهدن بذلك لـكن علم أنه مبتدأ خلق آدمى إما بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : لا تصير به الأمة أم ولد ، ولا تنقضى به عدة الحرة ، ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الـكفارة ، وهذا ظاهر كلام الخرقى والشافعى ، وظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد رضى الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبى وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الإنسان ، لأنه[1] لم يبن فيه شيء من خلق الآدمى أشبه النطفة والعلقة .

والثانية : تتعلق به الأحكام الأربعة ، لأنه مبتدأ خلق آدمى أشبه إذا تبين ، وخرج أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة ، وهو أن الأمة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضى به عدة الحرة ، لأنه روى عن أحمد رضى الله عنه فى الأمة إذا وضعت فمسته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحم تحتاط فى العدة بأخرى ويحتاط بعتق الأمة . وظاهر هـــذا أنه حكم بعتق الأمة ولم يحكم بانقضاء العدة ، لأن عتق الأمة يحصل بالحرية

(١) (لأنه لم يبين فيه شيء من خلق الآدمى أشبه النطفة والعلقة) هكذا فى نسخ المغنى ولعل الأصل (لأنه [إذا] لم يبين الخ) فسقطت (إذا) .

فاحتيط بتحصيلها ، والعدة يتعلق بها تحريم التزوج وحرمة الفرج ، فاحتيط بإبقائها . وقال بعض الشافعية بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الأمة أم ولد ، لأن الأصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح ، لأن العدة كانت ثابتة والأصل بقاؤها على ما كانت عليه ، والأصل فى الآدمى الحرية فتغلب ما يفضى إليها والله أعلم .

٨٨٧٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ فإذا مات فقد صارت حرة وإن لم يملك غيرها ﴾ .

يعنى أن أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها ، وهذا قول كل من رأى عتقهن ، لا نعلم بينهم فيه خلافاً ، وسواء ولدت فى الصحة أو المرض ، لأنه حاصل بالتذاذه وشهوته ، وما يتلفه فى لذاته وشهوته يستوى فيه حال الصحة والمرض كالذى يأكله ويلبسه ، ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوى فيه المرض والصحة ، كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم فى هذا خلافاً بين من رأى عتقهن .

قال سعيد : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال : أَدْرَكَ ابنَ عُمَرَ رَجُلاَنِ فقالا : إنا تركنا هذا الرجل ، يبيع أمهات الأولاد ، يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر : أتعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى فى أمهات الأولاد أن لا يُبَعْنَ ولا يُوهَبْنَ يَسْتَمْتِعُ بها صَاحِبُهَا ، فإذا مات فَهِيَ حُرَّةٌ .

وقال : حدثنا غياث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضى الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطاً .

٨٨٧٣ (فصـــــل)

ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر فى هذا فى قول أئمة أهل الفتوى من أهل الأمصار ، لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ، ولحمها بلحمه ، فإذا استويا فى النسب استويا فى حكمه .

وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبى عطية الهمدانى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فى أم الولد إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت ، وقال : حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام ، فكتب فى ذلك إلى عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ، وكتب عمر بيعوها ليبيعها أحد من أهل دينها . وإذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضى الله عنه ، وقد قال هذا القول ، فينبغى أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة ، لانتفاء الدليل الذى ثبت به عتقهن والله أعلم .

٨٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها ﴾ .

وجملته : أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج أو غيره ، فحكم ولدها حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ، ويمتنع فيه ما يمتنع فيها .

قال أحمد رضي الله عنه : قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما : ولدها بمنزلتها ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد، إلا أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال : هم عبيد ، فيحتمل أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم ، لأن الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة . ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة ، لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتبة والمدبرة ، بل ولد أم الولد أولى ، لأن سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فإن ماتت أم الولد قبل سيدها [لم تبطل[1] حكم الاستيلاد في الولد ، وتعتق بموت سيدها ، لأن السبب لم يبطل ، وإنما تثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلا] وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فإنه يعود رقيقاً ، لأن العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه ، وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم .

وإن أعتق السيد أم الولد أو المدبرة لم يعتق ولدها ، لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ، ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده ، وكذلك إن أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه ، وإن أعتق المكاتبة فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها ، وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد . فظاهر هذا أن ولد المكاتبة يتبعها في العتق بإعتاق سيدها ، لأنه في حكم مالها يستحق كسبه ، فيتبعها إذا أعتقها كمالها ، ولأن إعتاقها يمنع أداءها بسبب من السيد ، فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة .

---

(١) في نسخ المغني (لم تبطل حكم الاستيلاء في لوله وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما تثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلا) هكذا في النسخ والصواب (لم يبطل حكم الاستيلاء في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما لم تثبت الحرية فيها لأنها لم تبق محلا) كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٠٦ ومنه يتبين ما في المغني من تحريف ، فقول المغني (لم تبطل حكم..) صوابه (لم يبطل)وقوله (تثبت الحرية) صوابه (لم تثبت الحرية)وقوله (لم يبق محلا) صوابه لم تبق (محلا) . (ف)

٨٨٧٥ (فصـــــل)

فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها ، والمكاتبة قبل كتابتها ، فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها ، وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب فى أمه ، ولهذا لا يتبعها فى العتق المنجز ، ففى السبب أولى ، وذكر أبو الخطاب فى ولد المدبرة قبل التدبير روايتين ، فيخرج هاهنا مثله ، وهو بعيد ، لأن الولد المنفصل لا يتبعها فى عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شىء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع فى التدبير ؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله .

٨٨٧٦ (مســـألة)

قال (وإذا أسلمت أم ولد النصرانى منع من وطئها والتلذذ بها ، وأجبر على نفقتها ، فإذا أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت) .

وجملة ذلك : أن الكافر يصح منه الاستيلاد لأمته كما يصح منه عتقها ، وإذا استولد الذمى أمته ثم أسلمت لم تعتق فى الحال ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالأمة القن . وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنها تستسعى ، فإن أدت عتقت ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن فيه جمعاً بين الحقين ، حقها فى أن لا يبقى ملك الكافر عليها ، وحقه فى حصول عوض ملكه ، فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد .

ولنا : أنه إسلام طرأ على ملك لم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن ، وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها وبقاؤها ضرر ، فإن فى عتقها مجاناً إضراراً بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض ، وفى الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه ، لأن فيه إحالة على سعاية لا تدرى هل يحصل منها شىء أو لا ؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيراً فى أوقات متفرقة ، ووجوده قريب من عدمه ، والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ، ويمنع من وطئها والتلذذ بها كى لا يطأها ويبتذلها وهو مشرك ، ويحال بينه وبينها ، ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى إلى الوطء المحرم ، ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكته ، ومنعه من وطئها بغير معصية منها ، فأشبهت الحائض والمريضة ، وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت إلى آجر أو أجر مسكن فعلى سيدها .

وذكر القاضى أن نفقتها فى كسبها ، ومافضل من كسبها فهو لسيدها ، وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعى .

والصحيح أن نفقتها على سيدها ، وكسبها له يصنع به ما شاء ، وعليه نفقتها على التمام ، سواء كان لها

كسب أو لم يكن ، لأنها مملوكة له ، ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها ، فأشبهت أمته القن ، أو ما قبل إسلامها ، ولأن الملك سبب لهذين الحكمين ، والحادث منهما لا يصلح مانعاً ، لأن الاستيلاد لا يمنع منهما بدليل ما قبل إسلامها ، والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع ، لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها ، ولأنه يملك فاضل كسبها ، فيلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه .

٨٨٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها ﴾ .

إنما كان كذلك لأن أم الولد أمة ، وكسبها لسيدها ، وسائر ما في يدها له ، فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها إلى ورثته كسائر ماله ، وكما في يد المدبرة ، وتخالف المكاتبة ، فإن كسبها في حياة سيدها لها ، فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق .

٨٨٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها إذا احتمله الثلث) .

وجملته : أن الوصية لأم الولد تصح ، فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد ، وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

وقد روى الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن أن عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، ولأن أم الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها ، لأن عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها إلا في حال حريتها ، وأما قوله : إذا احتمله الثلث ، فلأن الوصية كلها لا تلزم إلا في الثلث فما دون ، وهذا منها ، وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز وإلا رد إلى الورثة ولا تعتبر قيمة أم الولد من الثلث ، لأنها تعتق من رأس المال ، فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون وأداء الواجبات .

٨٨٧٩ ﴿ فصل ﴾

وإن أوصى لمدبره أو مدبرته صحت الوصية أيضاً ، إلا أنه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث ، لأن التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية . فإن خرجا من الثلث عتق ، وكان ما أوصى به له وصحت الوصية لأنها وقعت في حال حريته ، فأشبهت الوصية لأم ولده ، وإن لم يخرجا من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث

فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال ، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له ، وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف مازاد على إجازة الورثة .

٨٨٨٠ (مسألة)

قال (وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة) .

إنما كان كذلك لأن الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها ، فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته ، وإنما سمى الخرقي هذا عدة لأن الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح ، وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسألة في العدد والخلاف فيها على مامضى .

٨٨٨١ (مسألة)

قال (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها) .

وجملته : أن أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنايتها برقبتها ، وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها . وبهذا قال الشافعي . وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة مابلغت ، لأنه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة مابلغت كالقن . وقال أبو ثور وأهل الظاهر :ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت ، لأنه لايملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة .

ولنا : أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها ، فلزمه أرش جنايتها كالقن لاتلزمه زيادة على قيمتها ، لأنه لم يمتنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا لنقل الملك فيها ، وفارقت القن إذا لم يسلمها ، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها ، فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكماله ، وفي مسألتنا لايحتمل ذلك فيها ، فإن بيعها غير جائز ، فلم يكن عليه أكثر من قيمتها .

٨٨٨٢ (فصل)

وإذا ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها ، لأنه لم يتعلق بذمته شيء ، وإنما تعلق برقبتها ، فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وإن نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ، لأنه لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها ، لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق القن . وينبغي أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد ، لأن ذلك نقصها ، فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها ، وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد ، فيجب أن ينقص فداؤها ، وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد ، والحكم في المدبرة كالحكم في أم

الولد ، إلا أنها يجوز بيعها فى رواية ، فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها ، وإن امتنع منه فهل يفديها بأقل الأمرين أو يلزمه أرش الجناية بالغاً مابلغ ؟ يخرج على روايتين .

٨٨٨٣ (فصـــل)

وإن كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها ، لأن الملك ثابت له دون المجنى عليه ، وإن ولدت فهو لسيدها أيضاً لأنه منفصل عنها فأشبه الكسب . وإن فداها فى حال حملها فعليه قيمتها حاملا ، لأن الولد متصل بها فأشبه سمنها ، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه أتلف حق غيره ، فأشبه مالو أتلف الرهن . وإن نقصها فعليه نقصها ، لأنه لما ضمن العين ضمن أجزاءها ، والله أعلم .

٨٨٨٤ (مسـألة)

قال : (فإن عادت فجنت فداها كما وصفت) .

وجملته : أن أم الولد إذا جنت جنايات لم تخل من أن تكون الجنايات كلها قبل فداء شىء منها أو بعده فإن كانت قبل الفداء تعلق أرش الجميع برقبتها ، ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها ، وعليه الأقل منهما ، ويشترك المجنى عليهم فى الواجب لهم ، فإن وفى بها وإلا تحاصوا فيه بقدر أروش جناياتهم ، وإن كان الثانى بعد فدائها من الأولى فعليه فداؤها من التى بعدها كما فدى الأولى .

وقال أبو الخطاب عن أحمد رضى الله عنه رواية ثانية : إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك ، لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها .

وقال الشافعى رضى الله عنه فى أحد قوليه : لا يضمنها ثانياً ، ويشارك الثانى الأول فيما أخذه كما لو كانت الجنايات قبل فدائها .

ولنا : أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنايته أخذه بحق فلم يجز أن يشاركه غيره فيه كأرش جناية الحر أو الرقيق القن ، وفارق ما قبل الفداء ، لأن أرش الجنايات تعلق برقبتها فى وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد .

٨٨٨٥ (فصـــل)

فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها والله أعلم .

٨٨٨٦ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة ﴾ .

أما الوصية لها فقد ذكرناها ، وأما الوصية إليها فجائزة ، لأنها فى حال نفوذ الوصية حرة ، فأشبهت

زوجته أو غيرها من النساء ، ويعتبر لصحة الوصية إليها ما يعتبر في غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط ، وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم ، أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دَينه أو إمضاء وصيته أو غير ذلك .

٨٨٨٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وله تزويجها وإن كرهت ﴾ .

وجملته : أن للرجل تزويج أم ولده ، أحبت ذلك أم كرهت . وبهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني . وقال في القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها ، لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة . وقال في الثالث : ليس له تزويجها وإن رضيت ، لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة . وهل يزوجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد رُوِيَ عن أحمد رضي الله عنه أنه قيل له : إن مالكاً لا يرى تزويجها ، فقال وما نصنع بمالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان : إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها .

ولنا : أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن ، وفارقت المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها . والقول الثالث : فاسد لذلك ، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه ، وقولهم : يزوجها الحاكم لا يصح ، فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها .

إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالمهر له ، لأنه بمنزلة كسبها ، وكسبها له ، وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبداً فلها الخيار ، ولأنها عتقت تحت عبد ، وإن كان حراً فلا خيار لها .

٨٨٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال :(ولا حدّ على من قذفها) .

هذا قول أكثر أهل العلم . وقد روى عن أحمد رضي الله عنه أنه عليه الحد ، لأن ذلك يروى عن ابن عمر ، ولأن قذفها قذف لولدها الحر ، وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرة ، والأول أصح ، لأنها أمة حكمها حكم الإماء في أكثر أحكامها ، ففي الحد أولى ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويحتاط لإسقاطها ، ولأنها أمة تعتق بالموت أشبهت المدبرة ، وتفارق الحرة فإنها كاملة .

٨٨٨٩ (فصـــــل)

ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة ، وإن كان القاتل لها رقيقاً وجب القصاص عليه

لأنها أكل منه ، وإن جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص ، لأنها أمة ، أحكامها أحكام الإماء ، واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة .

٨٨٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإن صلّت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها) .

إنما كره لها كشف رأسها فى صلاتها لأنها قد أخذت شبهاً من الحرائر لامتناع بيعها ، وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن أم الولد كيف تصلى : قال . تغطى رأسها وقدميها لأنها لا تباع ، وكان الحسن يحب للأمة إذا عهدها سيدها — يعنى وطئها — أن لا تصلى إلا مختمرة ، وإن صلت مكشوفة الرأس أجزأها لأنها أمة حكمها حكم الإماء . قال إبراهيم : تصلى أم الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة ، وقد روى عن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أن عورتها عورة الحرة ، وذكرنا ذلك فى كتاب الصلاة والصحيح،أن حكمها حكم الإماء ، وإنما خالفتهن فى إستحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها ، وهذا لا يوجب تغير الحكم فى عورتها كالمدبرة ، ولأن الأصل بقاء حكمها فى إباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا ما فى معناه ، فيبقى الحكم على ما كان عليه .

٨٨٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها) .

وجملته : أن أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت ، لأنها لا يمكن نقل الملك فيها ، وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها ، وعليها قيمة نفسها إن لم يجب القصاص عليها ، وهذا قول أبى يوسف ، وقال الشافعى : عليها الدية ، لأنها تصير حرة ، ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر دية .

ولنا : أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها ، كما لو جنت على أجنبى ، ولأن اعتبار الجناية فى حق الجانى بحال الجناية بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده وهى فى حال الجناية أمة ؛ فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية ، فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره ، ولأنها ناقصة بالرق أشبهت القن ، وتفارق الحر فإنه جنى وهو كامل ، وإنما تعلق موجب الجناية بها ، لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها ، فأشبه ما لو فوت المكاتب الجانى رقه بأدائه ، وأما إن قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها ، وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها ، لأنه لو وجب لوجب لولدها ، ولا يجب للولد على أمه قصاص ، وقد توقف أحمد رضى الله عنه عن هذه

المسألة فى رواية مهنا ، وقال : دعنا من هذه المسائل ، وقياس مذهبه ما ذكرناه . وإن كان لها منه ولد وله أولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضاً ، لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ، وقد نقل مهنا عن أحمد رضى الله عنه : أنه يقتلها أولاده من غيرها .

وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه ، والصحيح أنه لا قصاص عليها ، ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها ، كما لو عفا بعض مستحقى القصاص عن حقه منه ، والله أعلم ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد

ختام

الحمد لله حمداً يوافى نعمه ، ويكافىء مزيده ، الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، اللهم لا أحصى ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك ، يا ربى لك الحمد كما ينبغى لجلال وجهك وعظيم سلطانك .

اللهم صل على محمد وعلى أهل بيته ، وعلى أزواجه وذريته ، كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد ، وبارك على محمد وعلى أهل بيته ، وعلى أزواجه وذريته ، كما باركت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد[1] .

أما بعد :

فقد تم — بتوفيق الله وعونه — طبع كتاب المغنى لابن قدامة ، فى ثوب قشيب وصورة جذابة ، وجزى الله خيراً الحاج على يوسف سليمان صاحب مكتبة القاهرة ، على اهتمامه بنشر هذا الكتاب الجامع ، وعلى ما نشره وينشره فى العالم الإسلامى من كتب نافعة ، تمده بزاد مبارك ، وتصل حاضره بماضيه ، وتعرفه فضل الإسلام ومزاياه .

ولقد عشت مع المغنى فى أجزائه الخمسة الأخيرة ، ويشهد الله أنى سهرت الليالى والأيام فى تحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه ، والتعليق عليه .

وقد كنت أود لو أن زميلى فى الأجزاء التى اشتركنا فى تحقيقها أنفق من وقته أكثر مما أنفق ، وحافظ على تعليقاتى ، واعتنى بالتصحيح المطبعى ليخرج الكتاب على صورة أكمل وأجمل ، ولكن ما كل ما يتمنى المرء يدركه ، فقد وقعت فيه بعض أخطاء مطبعية يمكن للقارىء بفطنته أن يدركها ، وأخطاء أخرى ينبغى تداركها .

وللإنصاف نقول : إنه لم يطبع كتاب المغنى — قبل — إلا ومعه جدول لتصحيح الأخطاء ، والعصمة لله وحده ، فهو سبحانه الذى يتنزه عن الخطأ والسهو والنسيان .

ولا يجوز على الرغم من هذا — أن نجحد أن الكتاب على صورته ، قدّم أعظم خدمة للعالم الإسلامى ، ولرجال الفقه والقانون ، ولعلماء الإسلام على اختلاف مذاهبهم ، فهو يعد موسوعة فقهية ، ومرجعاً موثوقاً به ، وهو يغنى عن كثير من الكتب ، ولا يغنى الكثير عنه .

ولقد أكرمنى الله بأن وفقنى فى تحقيق الأجزاء الخمسة الأخيرة بما يسر الانتفاع بها ، وساعدنى على ذلك هذه العزلة ، التى اضطررت فيها إلى مباشرة الأمرات الأحياء ، فلبثت فى المنزل ـ مضطراً ـ أقلب النظر فى مكتبتى العامرة ، وأقتنص منها الدرر الفاخرة ، متمثلا قول الشاعر :

---

(١) أخرجه أحمد والطحاوى بسند صحيح . (ف)

لنا جلساء لا نمل حديثهم ألباء مأمونون غيباً ومشهداً
يفيدوننا من علمهم علم ما مضى وعقلا وتأديباً ورأياً مسدداً
فلا فتنة تخشى ولا سوء عشرة ولا نتقى منهم لساناً ولا يداً
إذا قلت أموات فلست بكاذب وإن قلت أحياء فلست مفنداً

وختاماً نسأل الله تعالى أن يوفقنا على الدوام ، لخدمة شريعة الإسلام ، وأن يتولانا برعايته ، ويشملنا بعنايته ،

كما نسأله أن ينصر الإسلام والمسلمين ، ويخذل أعداء الدين ، إنه سميع مجيب الدعاء .

الأحد ١٤ محرم سنة ١٣٩٠ هـ — محمود عبد الوهاب مبروك فايد
٢٢ مارس سنة ١٩٧٠ م — ١٣ شارع جمال حدائق شبرا مصر

(تنبيه) نوجه نظر القارىء إلى أن « باب الحضانة » المنشور فى هذا الجزء من ص ١١٧ إلى ص ١٢٧ نقل من كتاب الشرح الكبير ، طبع كما طبع فى الطبعات السابقة لزيادة الاستفادة .

فهرس

الجزء العاشر

من المغنى

نسخه

شرح لغاز منجا

زنغدانه

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

مطابع سجل العرب

٩ شارع عماد الدين - المدخل من بستان الدكة ت ٩٣٢٧٠٦